

La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual

María José Santos Morón

Universidad Carlos III de Madrid

Abstract*

La mayoría de las demandas de responsabilidad médica se fundamentan en las reglas de la responsabilidad extracontractual. En este trabajo se explora si puede resultar más beneficioso para la víctima de un tratamiento médico insatisfactorio acudir a las reglas de responsabilidad contractual. Para ello se toma como punto de partida la regulación del contrato de servicios prevista en el Borrador del Marco Común de Referencia y la Propuesta de Modernización del Código civil, poniendo el acento, en particular, en los deberes de advertencia consagrados en ambas propuestas normativas. El cumplimiento o incumplimiento de tales deberes es esencial a la hora de delimitar el contenido de la obligación asumida por el prestador de servicios y, en concreto, su carácter de obligación de medios o de resultado. Ello lleva a revisar la “nueva” doctrina del TS que, en relación con la medicina “voluntaria”, niega que la obligación del médico pueda configurarse (salvo que el resultado se pacte o prometa) como una obligación de resultado. En este artículo se defiende, en cambio, que el incumplimiento del deber de informar al paciente sobre los riesgos aleatorios que pueden provocar, bien el fracaso de la intervención, bien daños o secuelas añadidas, implica una garantía de resultado; garantía de resultado que supone que el paciente puede reclamar responsabilidad sin necesidad de probar la negligencia médica.

The majority of the claims of medical liability are based on the rules of non-contractual liability. This article explores whether resorting to the rules of contractual liability may be more beneficial to the victim. For that purpose this article takes into account the regulation of services contracts proposed in the Draft of Common Frame of Reference and the Proposal to modernize the Spanish Civil Code, focusing on the “pre-contractual duties to warn” recognized in both regulatory proposals. The fulfillment of these duties is essential to determine the content of the obligation assumed by the service provider and, in particular, its character of obligation of “means” or “result”. This leads to a revision of the “new” doctrine of the Spanish Supreme Court, which, in the field of “voluntary medicine”, denies that the treatment provider’s obligation can be regarded as an obligation to achieve a result unless this result has been promised by the doctor. This article maintains that failing to inform the patient about the random risks of the treatment, which may produce the failure of the intervention or additional damages, implies a guarantee of result; guarantee of result that means that the patient can claim contractual liability without having to prove the medical negligence

Title: Medical liability (in particular in the field of “voluntary medicine”): A re-reading from the contractual perspective.

Keywords: Medical liability. Contractual liability, Obligation of “means”. Obligation to achieve a result. Therapeutic medicine. Non therapeutic medicine. Pre-contractual duties to inform and warn. Medical information. Risks of the treatment. Patient’s expectations.

Palabras clave: Responsabilidad médica. Responsabilidad contractual. Obligación de medios. Obligación de resultado. Medicina curativa. Medicina voluntaria. Deberes precontractuales de información y advertencia. Información médica. Riesgos del tratamiento. Expectativas del paciente.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del PI DER2014/00458/001 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad

Sumario

1. La tendencia a articular la responsabilidad médica como extracontractual: Responsabilidad extracontractual vs contractual
2. La jurisprudencia del TS sobre la medicina voluntaria y la dicotomía obligación de medios/resultado: Observaciones críticas.
3. Sobre la conocida distinción entre obligaciones de medio y de resultado
4. La concreción de la prestación debida por el deudor de servicios médicos.
 - 4.1. Referencia a la regulación del contrato de servicios en el DCFR y en la PMC
 - 4.2. El deber de informar al paciente con carácter previo al tratamiento. Su relación con el “deber de advertencia” del prestador de servicios médicos
 - 4.3. Recapitulación
5. Remedios en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestador de servicios médicos.
 - 5.1. No obtención del resultado pactado o que cabía esperar.
 - 5.2. Materialización de riesgos sobre los que no se había informado al paciente.
6. Bibliografía
7. Tabla de jurisprudencia citada

1. La tendencia a articular la responsabilidad médica como extracontractual: Responsabilidad extracontractual vs contractual

En España, como se sabe, la mayoría de los litigios sobre responsabilidad médica se articulan en torno a las reglas de la responsabilidad extracontractual. Aunque esa tendencia tiene quizás su causa en las dudas acerca de la posibilidad de plantear una demanda de responsabilidad contractual contra la Administración sanitaria², lo cierto es que, una vez desaparecida la posibilidad de reclamar por vía civil contra los servicios públicos de salud, se siguen sustanciando demandas de responsabilidad *extracontractual* en relación con servicios médicos de carácter privado, en los que no hay duda de la existencia de una relación contractual previa³. Tal situación viene seguramente propiciada por la teoría del “concurso de normas” fundamentadoras de una misma pretensión o de la “unidad de la culpa civil”, mantenida tradicionalmente por nuestro TS. Pero posiblemente existe un factor añadido –producto en cierta medida, de la anterior postura jurisprudencial- que explica esta situación. Y ese factor es que, a la hora de probar los elementos que fundamentan la acción indemnizatoria, no hay gran diferencia para el demandante entre ejercitar una acción de responsabilidad contractual o extracontractual, ya que en ambos casos tiene que demostrar el daño, su relación causal con la actividad del médico

² En este sentido ASÚA GONZÁLEZ (2014), pp. 352, 357.

³ La relación contractual se entabla, según los casos, con el propio médico que lleva a cabo la prestación sanitaria, que respondería contractualmente frente al paciente (aunque en la práctica se suele fundamentar la demanda en las reglas de la responsabilidad extracontractual), o con una clínica privada, que sería la deudora de la prestación ejecutada por el personal a su servicio (en este caso la responsabilidad del personal sanitario frente a la víctima sería extracontractual). También cabe la posibilidad de que el paciente obtenga una prestación de servicios médicos en virtud de un seguro de salud privado. En esta hipótesis la situación admite diversas variantes. Es posible que la aseguradora asuma directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos (art. 105,2 LCS) en cuyo caso, en caso de deficiencia en la prestación de dichos servicios, cabría ejercitar una acción de responsabilidad contractual frente a la aseguradora. Los problemas se plantean en la práctica cuando no se da tal situación. Aunque la cuestión no admite una respuesta clara, cabe sintetizar la situación como sigue: si el seguro médico es un mero seguro de reembolso la jurisprudencia suele negar que exista responsabilidad contractual (o extracontractual) de la aseguradora por la deficiente prestación del servicio médico. Cuando la aseguradora ha elaborado su propio cuadro médico y abona directamente los honorarios a los facultativos incluidos en el mismo, o bien, por medio de la publicidad, genera la apariencia de que “garantiza” o “responde” de la excelencia de los servicios médicos prestados a través del seguro, es probable que la considere contractualmente responsable de la deficiente prestación del servicio. En algún caso también se la ha considerado responsable extracontractualmente ex art. 1903 C.c. sobre la base de una (discutible) “relación de dependencia” de los médicos frente a la aseguradora. Puede verse, RAMÍREZ ESCUDERO, (2012), pp. 69 y ss.; DE ÁNGEL (2007), pp. 142 y ss.; MARTÍN CASALS (2006), pp. 809 y ss.; 823 y ss.

En cualquier caso, ha de advertirse que en este artículo nos centramos en el supuesto en que existe una relación contractual, bien con el médico que ejecuta la prestación, bien con la clínica en que aquél presta sus servicios. Las diversas situaciones que pueden darse cuando la prestación médica se enmarca en un seguro de asistencia sanitaria requieren un análisis específico que excede del objeto de este trabajo.

demandado y, en particular, la *culpa* de éste⁴.

Y ello porque, desde la perspectiva contractual, el TS, partiendo de que en la actividad médica existen elementos aleatorios ajenos a la actuación del facultativo, ha venido afirmando tradicionalmente que la obligación asumida por el médico es “una obligación de medios”⁵, lo que implica que sólo habrá incumplimiento, y por ende responsabilidad⁶, si el demandante prueba la culpa del médico demandado. Y la misma situación se plantea en el ámbito extracontractual ya que el TS ha venido negando que, tratándose de responsabilidad médica, pueda operar –salvo en casos excepcionales- la inversión de la carga de la prueba habitualmente aceptada en otros casos de responsabilidad extracontractual⁷, y para apoyar tal conclusión ha extrapolado a este último ámbito la categoría *contractual* de la “obligación de medios”⁸. Resulta, por consiguiente, que a la víctima le es indiferente, desde el punto probatorio, apoyar su demanda en las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual⁹. Tanto en un caso como en otro deberá demostrar la *negligencia* del médico o médicos que han llevado a cabo el tratamiento o intervención, y para demostrar tal negligencia se utilizan en ambos casos los mismos parámetros de valoración¹⁰.

Esta situación no es, curiosamente, propia del Derecho español. También en el Derecho anglosajón es frecuente que las demandas contra médicos, aunque se trate de medicina privada, se sustenten en las reglas de la responsabilidad extracontractual (“Tort”), porque, como observa la doctrina, las obligaciones contractuales del médico no son usualmente más amplias que los deberes existentes para evitar incurrir en el “tort of negligence”. Tanto en un caso como en otro el médico está sujeto a un deber de competencia y cuidado (“skill and care”), y el estándar de cuidado (“standard of care”) requerido es el mismo en ambos casos¹¹.

⁴ ASÚA (2014), p. 360, señala en este sentido, que en la práctica existe un igual tratamiento, a efectos de imputación de la responsabilidad, en los planos contractual y extracontractual.

⁵ Sobre ello GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 135 y ss, que indica que, si bien la STS, 1ª, 26.5.1986 suele ser considerada por la doctrina como la primera resolución del TS que aplica esta diferenciación, ya se atisbaba previamente en la STS, 1ª, 21.3.1950. ASÚA, (2014), pp. 360, 361 y ss.

⁶ Conviene recordar que si bien la responsabilidad contractual (entendida como el remedio indemnizatorio) presupone la existencia de incumplimiento, no todo incumplimiento (entendido como no ejecución o inexacta ejecución del programa de prestación acordado en el contrato) genera responsabilidad. A esta cuestión nos referimos en el epígrafe 3.

⁷ Por todos, LUNA YERGA, (2004) pp. 128, 145, 146. Asimismo, GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 176, 177; DÍAZ REGAÑÓN, (2006), p. 117; DOMÍNGEZ LUELMO, (2003), pp. 50, 65, 66.

⁸ Véase ASÚA (2014), pp. 360, 361, en particular las sentencias citadas en nota 63.

⁹ En este sentido JORDANO FRAGA, (1985), p. 94; LUNA YERGA, (2004), p. 128.

¹⁰ Así lo advierte ASÚA, (2014) p. 360, quien indica que “no se considera en el plano extracontractual negligente una conducta que no lo sea en el contractual y viceversa”.

¹¹ JONES, (2008) pp. 74, 75. Conviene advertir que, de acuerdo con el “common law”, en los contratos de servicios se presupone (conforme a los “implied terms”) que el prestador del servicio asume una obligación de actuar con la competencia y cuidados (“skill and care”) apropiados [JACKSON and POWELL (2012), p. 10]. De hecho en Inglaterra esa doctrina tradicional ha sido expresamente codificada en la “Supply of Goods and Services Act 1982” -S. 13- [LAWSON/LONGMAN, (1982), p. 107]. De ahí que se observe que, a menos que haya existido una promesa de consecución de cierto resultado (o pueda deducirse de las particulares circunstancias) el contenido de

Cabe pensar, sin embargo, que las cosas serían diferentes, si para la víctima de una intervención médica insatisfactoria fuese más ventajoso, tanto desde el punto de vista probatorio como sustantivo (contenido de las medidas de reparación) el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual¹². Así podría ocurrir si, en un caso concreto, se entendiera que el médico asumió una obligación *contractual* de resultado frente a la víctima (v. gr. eliminación de un defecto óptico) y ese resultado no se obtuvo. De hecho, en la práctica existe un sector de la actividad médica donde son relativamente frecuentes las demandas de responsabilidad contractual, y es el sector de la denominada medicina “satisfactiva” o “voluntaria”, que se suele identificar con aquella que no presupone un estado de necesidad terapéutica¹³.

Ello se debe a que el TS ha venido entendiendo, hasta hace unos años, que la obligación asumida por el médico en estos casos, es, por lo general, una obligación de resultado. Así, son numerosas las sentencias que han afirmado que, aunque como regla el médico asume una obligación de medios, pues no garantiza la curación del enfermo, cuando se trata de medicina voluntaria (por ej. en casos de cirugía estética, vasectomía o ciertos tratamientos de odontología) el médico asume una obligación de resultado¹⁴, debiendo responder por la no consecución del mismo¹⁵. En ciertos casos el TS, sin pronunciarse tan claramente, ha afirmado que se trata de una obligación de medios intensificada, que acerca el contrato de servicios médicos al de obra¹⁶. Y resulta también frecuente, por otra parte, que se declare la responsabilidad médica por no haberse cumplido adecuadamente el deber de informar que, según la jurisprudencia, se hace más riguroso en la medicina voluntaria¹⁷, en la que ha de informarse de cualesquiera secuelas o

los deberes contractuales del profesional son similares a los de sus deberes en el ámbito extracontractual. [DUGDALS/STANTON, (1998), p. 49; JACKSON and POWELL, (2012), p. 20].

¹² Utilizo aquí el término “responsabilidad contractual” en sentido amplio, como comprensivo de los diferentes remedios existentes para el caso de incumplimiento, sin perjuicio de que en adelante pueda utilizarse en su acepción estricta, relativa al remedio propiamente “indemnizatorio”.

¹³ Como se sabe, la doctrina y la jurisprudencia distingue entre la medicina curativa o necesaria, aquella que tiene una finalidad terapéutica, y la medicina satisfactiva, que suele definirse como aquella que no tiene una finalidad curativa sino que pretende mejorar el aspecto físico, anular la capacidad reproductora o lograr cualquier otra transformación satisfactoria del propio cuerpo. Partiendo de la inexistencia de un estado de necesidad terapéutica y, por tanto, una mayor libertad de opción del paciente, se la califica también como medicina “voluntaria”. SEIJAS QUINTANA, (2011), p. 291; GALÁN CORTÉS, (2016), p. 148; ARBESÚ GONZÁLEZ, (2016), pp. 80, 81.

¹⁴ Suele citarse la STS, 1ª, de 21.3.1950, (RJ 1950/394) como el origen de la orientación jurisprudencial que diferencia entre el contrato de obra y el de servicios en función de la finalidad curativa o no de la actividad médica. DE VERDA Y BEAMONTE, (2015), p. 105.

¹⁵ Califican la obligación del médico como de resultado las SSTS, 1ª, 2.12.1997 (RJ 1997/8964) sobre una operación de alargamiento de tibias infructuosa; 28.6.1999 (RJ 1999/4894), tratamiento de rehabilitación dental sin éxito; 11.12.2001 (RJ 2002/2711), cirugía maxilofaxial defectuosa; 29.10.2004 (RJ 2004/7218), vasectomía fallida; 26.4.2007 (RJ 3176), operación para eliminar la curvatura del pene que no obtuvo el resultado pretendido.

¹⁶ SSTS, 1ª, 25.4.1994 (RJ 1994/3973) 11.2.1997 (RJ 1997/940) y 11.5.2001 (RJ 2001/6197), todas relativas a vasectomías fallidas. También lo indica la STS 28.6.1997 (RJ 1997/5151) relativa a una operación de lifting que tuvo como resultado la muerte del paciente (aunque éste fue debido a complicaciones surgidas en el postoperatorio).

¹⁷ Así la STS, 1ª, 2.7.2002 (RJ 2002/5514), relativa a una vasectomía que provoca un gran hematoma en un testículo y su pérdida por atrofia, que considera responsable al médico por no haber informado al paciente de las posibles complicaciones. La STS, 1ª, 22.7.2003 (RJ 2003/5391), en relación con una operación de cirugía correctora de

riesgos que se puedan producir, con independencia de su frecuencia.

Ciertamente, calificar la obligación del médico como de resultado por el mero hecho de que el tratamiento o intervención tenga o no finalidad estrictamente curativa es criticable¹⁸. De un lado porque, como más adelante se argumentará, para concretar el contenido de la obligación asumida por las partes cuando éstas no lo han establecido expresamente hay que estar a las circunstancias concurrentes, y, en particular, a las expectativas que las partes tienen derecho a hacerse en función del tipo de contrato celebrado¹⁹; de otro, porque hay intervenciones que tienen una doble vertiente (v. gr. cirugía estética y reparadora; ligadura de trompas para evitar embarazos que ponen en riesgo la salud de la mujer) y otras que son difíciles de catalogar, pues teniendo finalidad terapéutica no son indispensables para la salud (v. gr. operaciones para eliminar miopía y otros defectos ópticos). Por ello, aunque sobre esta cuestión se volverá con posterioridad, conviene advertir ya que, como observa DE VERDA y BEAMONTE, no hay “obligaciones de medios u obligaciones de resultado por naturaleza, sino que el objeto de la prestación es determinado por las partes”²⁰. Por consiguiente lo relevante es saber cómo las partes quisieron configurar las obligaciones derivadas del contrato, debiendo evitarse una clasificación *automática* de las obligaciones contractuales asumidas por el médico con base en la mera naturaleza curativa o no de la intervención o el tipo de especialidad médica de que se trate²¹. Lo dicho no significa que la finalidad de la intervención o la especialidad de que se trate sean irrelevantes, pues sin duda pueden influir en las expectativas del paciente, sino, simplemente, que no han de hacerse clasificaciones apriorísticas y han de valorarse todas las circunstancias concurrentes.

Por otra parte, resulta particularmente criticable la utilización por el TS de la noción de obligación de resultado en supuestos de responsabilidad extracontractual²². Probablemente la

mamas que provoca importantes cicatrices, declara la responsabilidad del médico por falta de suficiente información. Igualmente la STS, 1ª, 21.10.2005 (RJ 2005/8547), sobre un tratamiento por láser quirúrgico para hacer desaparecer cicatrices que provoca el efecto contrario. La STS, 1ª, 22.6.2004 (RJ 2004/3958), relativa a una operación de reducción de mamas con necrosis en la zona aureola-pezón, estima que en este caso, al tener la operación finalidad satisfactiva y también terapéutica, la obligación del médico posee un “*doble carácter de obligación de medios y de resultado*”, pero declara la responsabilidad médica por no haberse informado correctamente sobre el riesgo de la intervención.

¹⁸ En este sentido ALONSO PÉREZ (1998), p. 899.

¹⁹ BARROS, (2009), p. 158.

²⁰ A tal efecto entiende el mencionado autor que han de tenerse en cuenta no sólo los pactos expresos contenidos en el contrato sino también “las presuposiciones de ambas partes incorporadas tácitamente a la causa del mismo”, esto es, los “propósitos comunes a ambos contratantes o a uno de ellos (el acreedor) conocidos o debidos conocer por el otro (el deudor) en el momento de la celebración del contrato.” DE VERDA, (2015), p. 99.

²¹ Algunos autores han intentado clasificar la obligación asumida por el médico como de “medios” o de “resultado” en función de la especialidad. FERNÁNDEZ COSTALES, (1998), pp. 67 y ss.

²² Así ocurre, en particular, en la STS, 1ª, 2.12.1997 (RJ 1997/8964). Asimismo en la STS, 1ª, 22.6.2004 (RJ 2004/3958), en la que el recurso se basa en la infracción del art. 1902 y en la que, el TS, al tratarse de una operación de reducción de mamas (doble finalidad terapéutica y satisfactiva) dice que la obligación del médico tiene un doble carácter “de medios y de resultado”. También en otros casos, a pesar de que el recurso se basa en la infracción del art. 1902 C.c., el TS argumenta en sede contractual aludiendo al carácter de obligación de resultado de la obligación asumida por el médico en casos de cirugía maxilofaxial (STS, 1ª, 11.12.2001 -RJ 2002/271-).

razón que explica el indebido recurso a esta figura cuando no se está debatiendo sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales del médico es que se pretende favorecer la posición probatoria del demandante²³. Del mismo modo que se ha utilizado, también indebidamente, la categoría de la obligación de medios en sede extracontractual para excluir, en el ámbito médico, la presunción de culpa del dañante que, hasta hace unos años, venía aplicándose en la generalidad de procesos sobre responsabilidad extracontractual.

Pero, aun cuando la finalidad perseguida sea, con frecuencia, la justicia del caso concreto, la jurisprudencia debería evitar la utilización interesada de dicha categoría *contractual*. En particular, y por lo que respecta al ámbito extracontractual, hay que recordar, que, salvo que la ley establezca otra cosa (sobre la base, habitualmente, de la existencia de una situación de riesgo²⁴), *el criterio de imputación de responsabilidad en caso de daños no contractuales es la culpa*, y en ningún caso, la no consecución del resultado buscado o esperado por el demandante. Por lo tanto, si se ejercita una acción de responsabilidad extracontractual contra un médico, es indiferente que la actividad desarrollada por éste tenga finalidad terapéutica o exceda de dicha finalidad y entre dentro de lo que habitualmente se califica como “*medicina voluntaria*” o “*satisfactiva*”. Desde el punto de vista extracontractual el médico, sea neurólogo, médico de familia, cirujano estético u odontólogo, sólo puede incurrir en responsabilidad *si el daño sufrido por el demandante es consecuencia de su comportamiento negligente*. Esta regla, pese a su obviedad, parece con frecuencia ser ignorada por la jurisprudencia y la doctrina, quizás porque, sobre la base de la consabida idea de la “*unidad de la culpa civil*”, se olvida que “*la razón o causa por la que se responde es distinta en la responsabilidad contractual que en la extracontractual*”²⁵. Y es que, como ya advertía DÍEZ PICAZO, no es igual la situación de quien ha comprometido su actividad o el resultado de ella frente a otro y *ha aceptado la distribución de riesgos establecida en el contrato* y la de quien causa un daño a otro sin haber asumido compromiso previo²⁶.

No debe perderse de vista, pues, que, si la acción de responsabilidad ejercitada contra un médico se resuelve con base en las reglas de responsabilidad extracontractual, es indiferente el tipo de actividad médica (estrictamente terapéutica o no) realizada, ya que -a menos que resulte aplicable el art. 148 TRLC que establece un criterio objetivo de imputación de responsabilidad²⁷- la responsabilidad del facultativo exige su *culpa o negligencia*. Y resulta del todo punto improcedente recurrir, en el plano extracontractual, a la categoría de la obligación de “*resultado*” para intentar

²³ ALONSO PÉREZ, (1998), p. 910, al comentar la STS, 1ª, 2.12.1997, observa que mediante la introducción de la figura de la obligación de resultado en el campo extracontractual se procura una posición más beneficiosa para el demandante sobre el que no pesaría la carga de la prueba de la culpa. También JORDANO FRAGA, (1985), pp. 89 y ss, advertía sobre la utilización de la noción de obligación de medios o de resultado para obtener la solución probatoria más ajustada a los intereses en conflicto.

²⁴ Sobre la responsabilidad *extracontractual* objetiva y los supuestos en que opera, vid. BASOZÁBAL, (2015), pp. 75 y ss.

²⁵ MORALES, (2010), pp. 19-22, quien incide en las diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, (1999) p. 264.

²⁷ Sobre los supuestos de aplicación de este precepto, SANTOS MORÓN, (2017), pp 119 y ss.

eludir posibles dificultades en la prueba de la culpa médica²⁸.

La situación no es, en cambio, la misma cuando nos situamos en el ámbito de la responsabilidad contractual. En este campo sí que es importante saber si el médico se comprometió a obtener un concreto resultado (v. gr. subsanación de la alopecia padecida por el paciente) o se limitó a asumir la obligación de hacer lo posible, conforme al estado de la ciencia y la técnica profesional, para conseguirlo (v. gr. curar el cáncer que sufre el paciente)²⁹. Y hay que convenir que, si en un supuesto concreto se entiende que el médico asumió una obligación *contractual* de resultado, y el resultado convenido (v. gr. reducción o aumento del tamaño de las mamas; eliminación de un defecto óptico; desaparición de una cicatriz) no se obtuvo, o se obtuvo de manera distinta a la pactada, puede ser preferible para la víctima articular la demanda sobre la base de un incumplimiento contractual (lo que le permitirá además acudir a cualquiera de los remedios propios del incumplimiento) que acudir a las reglas de la responsabilidad aquiliana, que exigen la prueba de la negligencia médica, para obtener la indemnización del daño.

Resulta sin embargo que en los últimos años el TS parece rechazar que en el ámbito de la actividad médica pueda operar la tradicional diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado y ello, que, como se ha visto, tiene pleno sentido cuando se trata de responsabilidad extracontractual, no lo tiene, sin embargo, si nos situamos en el plano contractual, planos, uno y otro, que el TS, desde mi punto de vista, no delimita con la debida precisión. Veámoslo a continuación.

2. La jurisprudencia del TS sobre la medicina voluntaria y la dicotomía obligación de medios/resultados: Observaciones críticas.

Si durante cierto tiempo el TS tendía a configurar la obligación del médico, en la medicina voluntaria, como obligación de resultado, desde hace unos años ha adoptado un nuevo planteamiento que cabe resumir en que la obligación del médico es siempre, y con independencia del tipo de intervención, de medios, *a no ser que garantice expresamente determinado resultado*. El punto de partida de esta nueva postura puede cifrarse en la afirmación, vertida en la STS, 1ª, de 23.5.2007 (RJ 2007/4667) -relativa a una vasectomía fallida a consecuencia de la cual se ejercita una acción de *responsabilidad contractual*- según la cual “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido”³⁰. Esta afirmación, que

²⁸ Para ALONSO PÉREZ (1998), p. 914, el TS recurre al esquema probatorio propio de las obligaciones de resultado, trasladándolo al ámbito extracontractual (en concreto lo hizo así en la S. 2.12.1997), debido a la dificultad para probar el comportamiento negligente del facultativo.

²⁹ Sobre las críticas a la tradicional dicotomía obligación de medios/resultados, infra epígrafe 3.

³⁰ Esta sentencia continúa afirmando que la medicina satisfactiva exige extremar el deber de información médica, si bien en este caso se absuelve al médico demandado porque se considera cumplido ese deber de información, concretamente, en este caso, el relativo a la necesidad de hacer controles posteriores para comprobar la ausencia de esperma. De hecho el médico autorizó el mantenimiento de relaciones sexuales tras haber realizado dos seminogramas que arrojaban inexistencia de esperma, por lo que la única explicación del embarazo parece estuvo en un posible error en dichas pruebas diagnósticas.

había sido sugerida en sentencias anteriores por el Alto Tribunal³¹, se reitera en la STS, 1ª, de 22.11.2007 (RJ 2007/8651), que se refiere a una intervención de cirugía estética tras la que se solicita indemnización por supuestas secuelas que no se consideraron probadas. En primera instancia y apelación se desestimó la demanda y en casación, al invocarse por el recurrente la infracción del art. 1544 en relación con el 1583 C.c. (la acción es nuevamente, de carácter *contractual*), el TS desestima el motivo sosteniendo que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido a menos que así “resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”.

Sin embargo, aunque ha de aceptarse que el mero hecho de que estemos ante un caso de cirugía estética o, en general, medicina satisfactiva, no determina automáticamente que el médico haya asumido una obligación *contractual* de resultado –pues ello dependerá de las circunstancias del caso concreto- de ahí no cabe extraer, como viene a decir el TS en sentencias posteriores, que “no es posible mantener la diferencia obligación de medios/resultados en el ejercicio de la actividad médica salvo que se pacte o garantice” ni que “la responsabilidad (sic.) del médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado” (STS, 1ª, 12.3.2008 –RJ 2008/4045- FJ 2º).

Semejantes afirmaciones, pese a ser reiteradas en sentencias posteriores en lo que viene a constituir una especie de “cláusula de estilo” sistemáticamente repetida, no pueden aceptarse sin matización.

En primer lugar, es evidente que el médico puede, si le parece conveniente, garantizar contractualmente la obtención del resultado final perseguido por el paciente. De hecho, así lo pone de manifiesto la propia sentencia citada, de 12.3.2008 (RJ 2008/4045) que, tras realizar las aseveraciones anteriores, concluye sin embargo, incurriendo en cierta contradicción, que en el caso concreto el médico demandado sí había garantizado “el interés final perseguido por el paciente”, consistente en reponer la masa ósea de su maxilar superior izquierdo e implantarle las piezas dentarias perdidas tras un accidente³², por lo que procedía confirmar la sentencia condenatoria de la AP (vid. FJ 2º).

En segundo lugar, es discutible que, para que pueda entenderse que el médico (o, en su caso, clínica demandada) ha asumido la obligación de obtener el resultado concreto perseguido por el paciente al celebrar el contrato, deba existir una garantía o compromiso expreso, como parecen dan a entender las resoluciones del TS que se inscriben en esta “nueva” corriente.

³¹ El TS ya había indicado en otras sentencias que el hecho de tratarse de cirugía estética no permite deducir por sí sólo que haya aseguramiento del resultado por parte del facultativo. Así en la ya citada STS, 1ª, 21.10.2005 (RJ 2005/8547), en la que se ejerció una acción de responsabilidad contractual pero la condena al médico demandado se basó en la falta de adecuada información. También en la STS, 1ª, 4.10. 2006 (RJ 2006/6428) que resuelve un caso de implante capilar que no subsanó la alopecia y además produjo lesiones dermatológicas crónicas, se observa, con cita de la anterior, que el aseguramiento del resultado no se deduce *per se* de la cirugía estética. Sin embargo en este caso se concluye que hubo garantía de resultado porque así se desprendía de la publicidad (art 8 LCU).

³² La Sentencia de la AP había considerado probado que el facultativo demandado se había comprometido a lograr un implante osteointegrado de cinco piezas dentarias de la actora ya que la única razón por la que la misma había accedido a tal intervención (que inicialmente iba a llevar a cabo otro médico) fue que el demandado le aseguró el éxito de la misma.

En realidad, en la mayor parte de las sentencias que se basan en la reseñada doctrina jurisprudencial para rechazar la condena del facultativo demandado existen otras razones (falta de prueba de los daños o falta de nexo causal) que justifican esta decisión.

Así ocurre en la STS, 1ª, 20.11.2009 (RJ 2010/138), en un supuesto en que la demandante (que cita en el recurso tanto reglas propias de la responsabilidad *contractual* como *extracontractual*, que la sentencia analiza conjuntamente sin la adecuada delimitación) había sufrido un ictus tras someterse a un tratamiento de fertilidad. En primera instancia y apelación se desestimó la demanda por entenderse que no había prueba de la relación de causalidad entre el tratamiento ginecológico y el ictus. Para eludir el problema causal, la demandante recurre en casación a la categoría de la obligación de resultado, sosteniendo que corresponde al demandado probar “que el daño no ha sido producido por el tratamiento”. Aun cuando en el caso enjuiciado no existían pruebas de que el ictus guardara relación alguna con el tratamiento de fertilidad, y era evidente que se estaba utilizando indebidamente la figura de la obligación de resultado para eludir dicha falta de prueba, la sentencia comentada, con el fin de desestimar tal argumentación, sostiene las afirmaciones anteriormente expresadas. A ello añade, además, que “*la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma*, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos...” y que “*las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva y sobre obligación de medios-obligación de resultado [...] no se resuelven en respuestas absolutas*” (FJ 2º)

Similares aseveraciones contiene la STS, 1ª, 27.12.2009 (RJ 2010/5155). En este caso el demandante, tras someterse a una abdominoplastia y obtener la deseada reducción del abdomen, sufrió en el postoperatorio una infección de origen indeterminado³³ que le provocó importante deformidad, habiendo sido, por tanto, desestimada su demanda en las dos instancias previas. Nuevamente en su intento de eludir la falta de prueba de la relación causal el recurrente aduce en el recurso la infracción de los arts. art. 1902 C.c. y 28 LCU, además de los arts. 1091, 1092, 1104 y 1107, 1255 y 1258 C.c. (la fundamentación jurídica mezcla, como puede verse, los planos contractual y extracontractual) arguyendo que “en las intervenciones de cirugía estética existe una *obligación de resultado que se extiende incluso a las complicaciones que puedan derivarse del proceso quirúrgico*”. Ante ello la sentencia, que desestima el recurso, reitera que “la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener (sic.) en el ejercicio de la actividad médica salvo que el resultado se pacte o garantice”; que “*la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma*”, y que “lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico” (FJ 3º)³⁴

Incide en el mismo planteamiento la STS, 1ª, 28.6.2013 (RJ 2013/4986) en un litigio entablado por una mujer con obesidad mórbida que se sometió a sendas operaciones de mamoplastia y

³³ Parece que el origen de la infección estuvo en el cierre elástico del pañal usado por el paciente en el postoperatorio. No se plantea la cuestión de si el uso de ese pañal fue aconsejado por el médico, lo que en mi opinión, podría haber tenido incidencia en el resultado del litigio.

³⁴ Adviértase que en este caso no se llegó a probar la relación de causalidad entre el acto médico y la infección producida, por lo que existían razones para rechazar el recurso.

abdominoplastia que la dejaron insatisfecha debido a las cicatrices. La acción ejercitada es, en este caso, una acción de responsabilidad *contractual*, por lo que la demandante reclama la devolución de lo pagado además de la indemnización de ulteriores daños económicos y morales. El TS, que podía haberse limitado a desestimar el recurso con base en el hecho de que se había informado previamente a la paciente sobre la posible producción de cicatrices como consecuencia de la intervención (de hecho se indica que, el resultado de la operación, a juicio de peritos, había sido óptimo), vuelve a insistir en que *no es posible distinguir entre obligación de medios y de resultados en el ejercicio de la actividad médica, a menos que el resultado se pacte o garantice*. (FJ 2º).

Y también reitera la señalada doctrina jurisprudencial la STS 17.6.2015 (RJ 2015/2651), en un supuesto en que no se consideraron probadas las lesiones alegadas por la demandante (una paciente sometida a tratamiento psiquiátrico) ni la relación de causalidad entre las presuntas lesiones y el tratamiento médico recibido, consistente en unos implantes dentales, tras los cuales comenzó a sufrir, según ella, todo tipo de dolores, ruidos y vértigos, que, afirmaba, eran consecuencia del tratamiento dental. Tanto en primera instancia como apelación se desestimó la demanda por entenderse que no había lesión alguna como consecuencia de los implantes ni nexo causal entre los supuestos dolores y el tratamiento dental. En el recurso de casación se adujo, entre otros motivos, que no se había informado adecuadamente a la paciente, y que se trataba de un supuesto de medicina voluntaria “en la que se exige un resultado y se extrema la obligación de informar de los riesgos y complicaciones de la misma”. El TS rechaza el recurso, reiterando la doctrina jurisprudencial ya examinada, y afirmando que se había probado que hubo suficiente información y no había habido “daño imputable a una omisión del deber de informar” (FJ 5º).

La STS, 1ª, 13.5.2016 (RJ 2016/1495) por último, se refiere a una mamoplastia de aumento tras la cual se produjo una complicación estética consistente en doble burbuja, visible y notoria. Se realizó una nueva intervención que no subsanó por completo el defecto. La AP condenó al médico sobre la base de que no se había conseguido de forma satisfactoria el resultado prometido y ofertado. El TS, tras reflejar la doctrina que comentamos, sostiene, sin embargo, que a la paciente se le había advertido de los riesgos de la operación por lo que no procedía reclamar responsabilidad por los riesgos que finalmente se materializaron.

Como puede comprobarse, en los casos resueltos por las sentencias reseñadas existían razones para no declarar la responsabilidad de los demandados. En las de 20.11.2009 y 27.12.2009 no se probó la relación causal entre la conducta de los demandados y el daño producido. En la de 28.6.2013 las operaciones de cirugía plástica realizada tuvieron resultado satisfactorio pero dejaron cicatrices a la paciente, “daño” cuya indemnización no podía reclamarse a los demandados en la medida que la actora había sido informada del posible riesgo de cicatrices como consecuencia de la intervención³⁵ y una situación similar se plantea en la STS 13.5. 2016. En la S. 17.6.2015 no se probó el daño ni la relación de causalidad, y, por lo que respecta a las dos primera sentencias mencionadas, en la de 23.5.2007 era evidente que el facultativo demandado no

³⁵ Sobre ello vid, *infra*, epígrafes 4.2 y 4.3.

había garantizado al paciente la esterilización definitiva como consecuencia de la vasectomía³⁶ y en la de 22.11.2007 no se probó el daño alegado por la demandante. Sin embargo, quizás debido a los argumentos esgrimidos en los respectivos recursos por los demandantes, el TS se pronuncia sobre la asunción, por parte del médico demandado, de una obligación de resultado, realizando afirmaciones que, en mi opinión, deben ser tomadas con mucha cautela.

De hecho, la mencionada doctrina jurisprudencial coloca al propio TS en ciertas dificultades cuando, atendiendo a las circunstancias del caso, considera procedente declarar la responsabilidad del facultativo demandado. Así ocurre en la STS, 1ª, 19.7.2013 (RJ 2013/5004) relativa a un caso de reconstrucción mamaria infructuosa que obligó a someter a la paciente a varias intervenciones sucesivas que, no solo no mejoraron el aspecto de las mamas, sino que le provocaron daños físicos y psíquicos. La demandante ejerció una acción de responsabilidad *contractual*, basada en la defectuosa prestación del servicio. Tanto en primera instancia como en apelación se condenó a la clínica demandada. En el recurso formulado por esta última se adujo que la sentencia se basaba en la antigua doctrina que distinguía entre obligación de medios y de resultado. El TS reitera la doctrina jurisprudencial comentada. Pero sin embargo confirma la sentencia recurrida en la que se había afirmado que *“el resultado obtenido no fue el adecuado en cuanto que las diversas intervenciones y tratamientos no sólo no mejoraron el aspecto de las mamas de la actora sino que le ocasionaron unos daños físicos y psíquicos... por los que la demandada, como consecuencia del incumplimiento contractual en que ha incurrido, viene obligada a indemnizar a la actora”*. Y para justificar su decisión argumenta que la resolución recurrida no había responsabilizado a la demandada *“por el resultado no alcanzado”* (afirmación que es bastante discutible), sino porque lo expresado en dicha sentencia, según el TS, *“tiene acomodo en la doctrina del daño desproporcionado”*³⁷, concepto éste que, como se sabe, se utiliza por la jurisprudencia habitualmente en sede de responsabilidad *extracontractual* para facilitar la prueba de la negligencia médica³⁸.

Contradictoria resulta la STS, 1ª, 7.5.2014 (RJ 2014/2477), relativa a sendas intervenciones de liposucción, de resultado insatisfactorio, practicadas a la demandante, que dieron lugar a la condena solidaria de los herederos del médico demandado, la clínica en la que tuvo lugar la intervención y la compañía de seguros de ésta (se ejercitaron conjuntamente acciones de responsabilidad contractual y extracontractual). Planteado recurso de casación por todos los condenados, la referida sentencia, tras reiterar la doctrina sentada en resoluciones anteriores sobre la inexistencia de garantía de resultado en la medicina satisfactiva, afirma, sin embargo, que si bien *“es cierto que la sentencia se opone a la doctrina de esta sala”*... *“lo cierto es que declara probado que los resultados obtenidos en las dos intervenciones quirúrgico-estéticas practicadas en el mes de abril de 1991 no fueron los ofrecidos por el médico que las practicó ni los deseados por la*

³⁶ De hecho se le hicieron seminogramas para comprobar la ausencia o no de espermatozoides, que arrojaron resultado negativo, por lo que el hecho de que se produjera con posterioridad el embarazo parece ser consecuencia de un error en la realización del seminograma, error que no era imputable al médico demandado.

³⁷ Lo deduce del párrafo precedente al transcrito en el texto, en el que la sentencia recurrida decía que la técnica quirúrgica empleada *“no debió aplicársele correctamente o no se le practicó a la demandante con la precisión y exactitud precisas, pues no se alcanza otra explicación razonable a la vista del resultado producido”*

³⁸ Sobre la doctrina del daño desproporcionado, por todos, SANTOS MORÓN, (2017) pp. 136-138.

paciente, la que no fue informada expresamente de esta eventualidad, siendo así que esta afirmación no ha sido combatida en el recurso” (FJ 3º), por lo que confirma la sentencia recurrida. La conclusión a la que llega el TS –afirmando que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Alto Tribunal pero manteniendo, sin embargo, la condena en ella establecida con base en la frase reseñada- solo se explica si se entiende que en el caso enjuiciado, dado que el médico demandado no informó a la paciente de que podía no obtenerse el resultado por ella deseado, implícitamente se lo ofreció, y de ahí que resulte procedente rechazar el recurso. Me parece por ello que esta sentencia pone de manifiesto que el compromiso de obtención del resultado esperado por el paciente no debe ser expresamente pactado o garantizado por el facultativo.

También es llamativa, por último, la STS, 1ª, 3.2.2015 (RJ 2015/641) referida a un caso de operación mamaria que no eliminó la asimetría ni la caída previamente existente. Debido a ello la paciente fue sometida a nueva intervención, pero los implantes utilizados en esa segunda operación eran defectuosos, por lo que aquélla hubo de someterse a una tercera operación para extraerlos. La actora demandó a la clínica con la que había contratado la intervención y al médico que la trató³⁹. En primera instancia se desestimó la demanda pero la Audiencia revocó la sentencia aduciendo que el resultado pretendido por la paciente no se obtuvo ni en la primera ni en la segunda operación. Planteado recurso de casación sobre la base de vulneración de la nueva doctrina jurisprudencial en relación con la interpretación del tipo de contrato que une al médico y al paciente, el TS sostiene que efectivamente la sentencia recurrida desconoce dicha doctrina jurisprudencial que afirma que el médico asume una obligación de medios. Pero sin embargo mantiene la condena porque –dice- *“lo cierto es que también imputa al facultativo falta de información”* (FJ 3º). Lo curioso es que la resolución comentada no aclara en qué consistió dicha falta de información, que parece deducirse del mero hecho de que el médico que informó a la paciente fue distinto del que llevó a cabo la operación (y no testificó en el procedimiento judicial), lo que de por sí no afecta al contenido de la información suministrada. Pero es que además, si se tiene en cuenta que el deber de información del médico se refiere como regla a los riesgos propios de la intervención⁴⁰ y el “riesgo” que en este caso se materializó fue la no eliminación de la asimetría y la caída de los pechos (en realidad el fracaso de la intervención) parece evidente que, para justificar la condena de los demandados, la información omitida tendría que haberse referido a la posibilidad de no obtención del resultado pretendido. Y ello implica, nuevamente, que si no se informó a la actora de la posibilidad de fracaso de la intervención, ésta podía legítimamente entender que se le estaba garantizando el éxito de la misma. De hecho, la circunstancia de que la clínica demandada aceptara someter a la actora, sin coste, a una nueva operación (también fallida debido a que los implantes se encontraban en mal estado) pone de manifiesto que asumió, implícitamente, el compromiso de obtener el resultado perseguido por la cliente y, ante su propio incumplimiento, procedió a repararlo mediante una nueva intervención.

³⁹ Aunque cabe pensar que la responsabilidad del médico frente a la víctima debía ser de naturaleza extracontractual, el recurso se basa en la inadecuada interpretación del contrato que une a médico y paciente realizada por la sentencia recurrida y en la aplicación por dicha sentencia (como consecuencia de entender que la clínica había asumido una obligación de resultado) de la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica.

⁴⁰ Sobre el contenido de la información médica, *infra*, epígrafe 4.2.

De lo expuesto se desprende, en mi opinión, que la “nueva” doctrina jurisprudencial del TS sobre la inexistencia de obligación de resultado en el ámbito de la medicina, con independencia de su carácter voluntario o necesario, debe ser aplicada con sumo cuidado porque lo que demuestran las sentencias que se acaban de comentar, es que, pese a las categóricas afirmaciones que contiene la reseñada doctrina, hay casos en que se considera procedente condenar al médico que no ha obtenido el resultado que el paciente puede esperar. Y ello sólo se explica si se presupone que en ciertas situaciones, aun sin necesidad de que exista un pacto expreso, la obtención de cierto resultado puede considerarse integrada en el deber de prestación asumido por el deudor del servicio médico.

Pese a lo dicho, algunos autores, partiendo del mencionado planteamiento jurisprudencial, llegan a afirmar que “es científicamente imposible asegurar un resultado de la práctica de una intervención quirúrgica dada la naturaleza imprevisible del cuerpo humano”⁴¹. Parece olvidarse que, aunque sea científicamente imposible garantizar un determinado resultado médico -cosa que me parece también discutible, piénsese por ejemplo en las operaciones de eliminación de defectos visuales mediante técnica lasik o en otras que cuentan con una técnica muy avanzada⁴²- ello no quiere decir que sea *jurídicamente* imposible. Al margen de que la aleatoriedad del resultado no es equivalente a su imposibilidad física o jurídica, hay que recordar que, como antes se ha señalado, *todo contrato implica una distribución de riesgos* y nada impide, ex art. 1255 C.c., que una de las partes asuma, si así le parece conveniente (v. gr. obtiene de este modo una elevada remuneración), el riesgo de no consecución del resultado perseguido por la otra. La cuestión determinante es saber cuándo se está ante tal situación.

Y en relación con ello debe tenerse en cuenta que, pese a la doctrina jurisprudencial contenida, como postulado teórico, en las sentencias examinadas, lo cierto es que hay casos en que el prestador del servicio médico es condenado por no haber obtenido el resultado esperado por el paciente. Y ello puede ocurrir *no sólo* cuando existe un pacto expreso (que es lo que parecen dar a entender algunas de las sentencias referidas), sino también cuando la otra parte contratante puede *fundadamente esperar que ese resultado se produzca*. A desarrollar esta afirmación dedicaremos las siguientes páginas, no sin antes realizar algunas precisiones en torno a las diferencias entre las obligaciones de medios y las de resultado.

⁴¹ARBESÚ, (2016), p. 123. Esta autora sostiene que el contrato de cirugía estética no puede ser calificado como contrato de obra, por ser la obligación principal derivada del mismo “de medios” al estar sujeta a un componente aleatorio, pp. 146, 148.

⁴² La propia ARBESÚ, (2015), p. 97, reconoce que hay casos en que el grado de aleatoriedad es muy bajo, de modo que una aplicación correcta de la técnica en cuestión debería dar lugar a un determinado resultado en un amplio porcentaje de casos, y pone como ejemplo la odontología.

3. Sobre la conocida distinción entre obligaciones de medio y de resultado

Aunque no es este el lugar adecuado para volver sobre la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, de sobra estudiada por la doctrina⁴³, el correcto análisis de la cuestión objeto de este trabajo requiere hacer algunas consideraciones al respecto. Especialmente si se tiene en cuenta que partimos en este estudio de una distinción cuestionada por buena parte de la doctrina⁴⁴ y cuya utilidad ha sido aún más discutida a raíz de la regulación del contrato de servicios contenida en la propuesta CESL⁴⁵ y en el borrador del Marco Común de Referencia (en adelante DCFR).

Con base en dichas propuestas europeas, y partiendo del concepto de “conformidad” como definitorio de todo tipo de incumplimiento contractual, algunos autores han defendido que la obligación que asume, como regla general, el prestador de un servicio es una obligación de resultado⁴⁶, debiendo quedar al margen de la noción de incumplimiento la valoración de los aspectos subjetivos de la conducta del deudor⁴⁷. Otros autores, a mi juicio más atinadamente, entienden que la regla general, en una y otra propuesta, es justamente la contraria⁴⁸. De hecho, la finalidad del art IV.C.-2.106 del DCFR -que establece los criterios a tener en cuenta para concretar cuándo la obligación del prestador del servicio es de resultado- es, según indican sus comentaristas, “ayudar en el proceso de interpretación en aquellos casos en que el contrato no regula esta cuestión expresamente” (Comentario A), por lo que no se ve cómo de un precepto que tiene esa finalidad⁴⁹, puede deducirse que el prestador del servicio se obliga, como regla, a

⁴³ En la doctrina española pueden citarse, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, (1989), pp. 253 y ss.; JORDANO FRAGA, (1991) pp. 5-96; LOBATO GÓMEZ, (1992), pp. 651-734; CABANILLAS SÁNCHEZ, (1993), pp. 13 y ss., quienes dan buena cuenta de estudios doctrinales extranjeros sobre el tema. Más recientemente, CRESPO MORA, (2013), pp. 8 y ss.

⁴⁴ Resume las posturas que cuestionan la distinción CERVILLA GARZÓN (2001), pp. 103 y ss.

⁴⁵ Esta propuesta no contiene una regulación general del contrato de servicios, limitándose a regular ciertos “servicios relacionados” con el contrato de compraventa y suministro de contenidos digitales.

⁴⁶ VAQUER ALOY, (2012 a) p. 10, sostiene, en relación con el DCFR, que del art. IV.C.-2.106 se deduce que, como regla general, y salvo que se pacte otra cosa, el prestador del servicio queda obligado a conseguir el resultado pactado o que razonablemente pueda esperar el cliente, de manera que, en caso de duda, se presume que el prestador del servicio se ha obligado a obtener un resultado. La misma idea defiende en relación con la Propuesta CESL (p. 13). En la misma línea BARRÓN ARNICHEs (2012) pp. 1181, 1182, 1183, quien afirma que el art.IV.C-2.106 DCFR “asienta la obligación de obtener un resultado como característica definitoria del contrato de servicios”, debiendo presumirse que la obligación asumida por el prestador del servicio es de resultado salvo pacto en contrario. Señala además esta autora que dicho precepto “pretende difuminar la tradicional distinción entre obligaciones de medios y resultado” que conducía a la noción subjetiva de incumplimiento (pág. 1181), distinción que la autora califica como “perturbadora” (p. 1173).

⁴⁷ Así lo mantiene VAQUER ALOY, (2012 b), pp. 438 y ss. Este autor, partiendo de la remisión que realiza el art. 147 CESL, en caso de incumplimiento de los servicios relacionados, a las reglas generales del incumplimiento, basadas en la noción de conformidad, estima que, dado que la noción de conformidad no depende de ningún criterio de imputación subjetivo, hay que entender que, salvo que otra cosa se pacte, el prestador del servicio se obliga a obtener un resultado.

⁴⁸ CRESPO MORA (2013), pp. 18 y ss. En relación con el art. 148 de la propuesta CESL, vid. p. 21. De manera similar, VILLANUEVA LUPIÓN, (2012), pp. 848-851 y 850 en relación con el DCFR; p. 857, para la Propuesta CESL.

⁴⁹ Advuértase además que en el Comentario B a este precepto se indica que, si bien el considerar que el prestador asume una obligación de resultados favorecería al cliente, la imposición automática de una obligación de tales

obtener un resultado⁵⁰. Es más, por lo que respecta a los servicios médicos, el DCFR presupone que el profesional asume por defecto sólo una obligación de actuar de manera diligente⁵¹, lo que contradice en cierta medida las afirmaciones mantenidas por tal sector doctrinal⁵².

En cualquier caso, y centrándonos en el Derecho español, creo que, en relación con la cuestión que abordamos, deben tenerse en cuenta algunas ideas que tomaré como punto de partida en la argumentación posterior:

a) Aun cuando puede entenderse que en todo contrato de servicios la actividad del prestador *se encamina* a obtener el resultado querido por el acreedor (y, desde este punto de vista, todo contrato de servicios implica una obligación de resultado) lo cierto e innegable es que hay casos en que el prestador sólo se compromete a desarrollar una actividad diligente, sin garantizar que va a conseguir el “resultado” perseguido por el acreedor, esto es, la satisfacción de su “interés primario”. De ahí que pueda decirse que en esta hipótesis el interés empírico del acreedor no se corresponde en toda su medida con el interés contractual que el deudor debe satisfacer⁵³. En otros casos, por el contrario, el prestador garantiza la consecución del interés primario del acreedor⁵⁴, bien expresamente, bien de manera implícita porque así se deduce de las circunstancias concurrentes.

La cuestión, por tanto, es determinar cuándo, a falta de pacto expreso entre las partes, se está ante uno u otro supuesto, cuestión que se analizará con posterioridad.

b) Dado que el contenido de la obligación del prestador de un servicio no siempre es el mismo, ello ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar su incumplimiento.

Si bien es cierto que la noción de incumplimiento que predomina en la actualidad es un concepto neutro, que se basa en la insatisfacción del interés del acreedor y es independiente de la

características desencadenaría consecuencias indeseadas pues hay casos en que el prestador no puede controlar por completo el proceso de realización del servicio. De ahí que se diga, en el Comentario C, que antes de imponer una obligación de resultado, debe valorarse la posibilidad de lograr dicho resultado (*Principles...* p. 1656). Véase, en relación con ello, CRESPO MORA, (2013), pág. 20.

⁵⁰ Más bien hay que entender, como indica SEVERÍN FUSTER, (2014) p. 336, que el DCFR no impone al prestador del servicio el deber de alcanzar un resultado en todo caso sino que simplemente establece cuándo existe tal deber.

Es más, en el comentario A al art. IV.C-2:105, p. 1646, que impone al prestador del servicio una obligación de competencia y cuidado, se dice que “si se le debe imponer al proveedor del servicio la obligación de lograr un resultado es algo que depende de la interpretación del contrato, teniendo en cuenta el art. IV.C-2:106”.

⁵¹ El art. IV.C.-8:104, impone al prestador del servicio sanitario una “obligation of skill and care”, que responde a un estándar objetivo de diligencia, el de “un prestador del tratamiento razonable” que actúa con el cuidado y la habilidad apropiadas a las circunstancias. También se impone una mera obligación de diligencia en el contrato de información y asesoramiento cuando se trata de suministrar información evaluativa (art. IV.C.-7:104), Véase CRESPO MORA (2013), p. 35.

⁵² Para salvar esta contradicción BARRÓN ARNICHES (2012), p. 1184, sostiene que se presume que el prestador se obliga a obtener un determinado resultado “salvo que otra cosa resulte de los pactos entre las partes o *del concreto tipo contractual*” (el subrayado es mío).

⁵³ CARRASCO, (1989), p. 592; CABANILLAS, (1993), p. 45.

⁵⁴ CRESPO MORA, (2013) p. 9.

imputabilidad subjetiva del deudor⁵⁵, es evidente que cuando el contenido de la obligación asumida por éste consiste en el mero desarrollo de una actividad de manera diligente, la concreción de si existe o no incumplimiento no puede prescindir de la negligencia o culpa del deudor. En este sentido, aunque la posición probatoria del demandante es la misma con independencia de que el deudor haya asumido una obligación de actividad o se haya comprometido a obtener un resultado concreto (en ambos casos tiene que probar los hechos constitutivos de su pretensión y, por lo tanto, el incumplimiento del deudor) es obvio que, desde el punto de vista del contenido probatorio, la situación no es la misma⁵⁶. En el primer caso el acreedor tendrá que demostrar que el deudor ha desarrollado su actividad de manera negligente. En el segundo caso al acreedor le bastará con comparar la prestación realmente ejecutada con la “ideal” que debería haberse ejecutado según los términos del contrato⁵⁷.

Lo dicho no supone negar el concepto “objetivo” de incumplimiento, sino atender a la configuración de la prestación debida. Muestra de ello es lo que sucede en el Derecho anglosajón, que es precisamente el sistema inspirador de la noción de “conformidad” manejada en la Convención de Viena, y, por derivación, en la Directiva 1999/44 UE⁵⁸. Aunque suele decirse que en el “Common law” la noción de incumplimiento prescinde de la culpa, siendo la responsabilidad contractual objetiva (estricta), lo cierto es que esa regla no se aplica a todo tipo de obligaciones⁵⁹. Hay casos en que es necesario probar que la parte incumplidora ha actuado sin la diligencia debida, y uno de esos casos es el de los contratos de prestación de servicios, en los que la responsabilidad contractual se basa en la culpa⁶⁰. En Inglaterra la *Supply of Goods and Services Act 1982* impone al prestador una mera obligación de “skill and care”⁶¹. Y algo similar ocurre en el Derecho americano⁶².

Lo que quiero decir con ello es, simplemente, que el hecho de que la noción de incumplimiento prescinda (o deba prescindir), como regla general, de la culpa del deudor, no impide que en ciertos tipos de obligaciones sea preciso tener en cuenta la diligencia o negligencia del

⁵⁵ MORALES, (2006), pp. 30 y ss.; (2013) pp. 390-392; FENOY, (2010) pp. 70, 71.

⁵⁶ En este sentido, LUNA YERGA (2004), pp. 94 y ss.

⁵⁷ Obviamente nos estamos refiriendo aquí al supuesto de cumplimiento “defectuoso”, en el sentido de que no se obtiene el resultado *mediato* a que se dirige la actividad del deudor (en el primer caso, y sobre la base de la existencia de un comportamiento negligente del deudor), o no se obtiene el resultado *inmediato* esperado por el acreedor (en el segundo caso). No nos referimos a la hipótesis de completa inexecución de la prestación pues, como advierte JORDANO FRAGA, (1991), pp. 24-26, 82, debe diferenciarse entre los supuestos de cumplimiento defectuoso, falta absoluta de cumplimiento o cumplimiento tardío. En estos dos últimos casos no hay gran diferencia entre uno y otro tipo de obligación en cuanto al contenido de la prueba del incumplimiento.

⁵⁸ Por todos, MORALES, (2006 b), pp. 167, 168.

⁵⁹ En la doctrina española lo ponen de relieve RODRÍGUEZ-ROSADO, (2014), pp.159 y ss. SEVERÍN FUSTER, (2014), p. 158

⁶⁰ MCKENDRIK, (2015), p. 331; TREITEL, (2011), pp. 837; BURROW (2013) pp. 596. 597.

⁶¹ Como ya se indicó con anterioridad (nota 11) la regla tradicional, en el “Common law”, es que en los contratos de servicio el prestador asume una obligación de actuar con la competencia y cuidados apropiados, regla que la *Supply of Goods and Services Act 1928* (S. 13) ha venido a consagrar legalmente. JACKSON AND POWELL (2012), p. 10; LAWSON/LONGMAN, (1982) p. 107.

⁶² FLETCHNER, (2010), pp. 155 y ss.

comportamiento desarrollado por el deudor para saber si existe incumplimiento. Ni dicha noción objetiva de incumplimiento convierte en irrelevante la distinción entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado. De hecho, si se concibe el incumplimiento como la no realización de las exigencias del contrato, y cierto contrato obliga a desarrollar un comportamiento de manera diligente, la constatación del incumplimiento, entendido éste como falta de realización de las exigencias contractuales, requiere, necesariamente, la constatación de la culpa⁶³, y ello, porque la culpa o negligencia es un elemento constitutivo del incumplimiento⁶⁴.

Pretender que la idea de conformidad o la noción moderna de incumplimiento impiden tomar en consideración el comportamiento negligente del deudor, con independencia de cuál haya sido el compromiso asumido por éste, me parece un exceso. En particular porque la noción de “conformidad” se crea sobre la base del contrato de compraventa y lo que habría que preguntarse es si el régimen de responsabilidad construido para ese contrato resulta adecuado para todo contrato y, en particular, para los contratos de servicios⁶⁵. Por otra parte, calificar el *comportamiento llevado a cabo conforme a los estándares de la lex artis ad hoc* como el “resultado” debido⁶⁶, no evita llegar a la misma conclusión, esto es, que para determinar si ha habido

⁶³ Esto es lo que se deduce, en realidad, de las afirmaciones de MORALES (2009), pp. 218, 219, cuando, en su intento de construir un concepto unitario de incumplimiento de carácter *neutro*, señala que “en las obligaciones de hacer referidas a la prestación de servicios, que el deudor ha incidido en culpa” “no significa otra cosa que la constatación del hecho objetivo del incumplimiento”, por lo que la utilización de la noción de culpa “no nos impide afirmar que *en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato*”. Ahora bien, este planteamiento, que no constituye, en mi opinión, más que un recurso terminológico o semántico que permite explicar de manera genérica y para todo tipo de obligación qué se entiende por incumplimiento, no permite prescindir de la valoración del comportamiento del deudor a la hora de comprobar si existe o no incumplimiento.

De hecho el mencionado autor, en (2013) pp. 394 y ss., en su esfuerzo por sustentar el carácter objetivo o neutro del incumplimiento en las obligaciones de medios, lo explica indicando que, la “necesaria consideración de la conducta del deudor para poder establecer que existe incumplimiento no es consecuencia de que en ellas el incumplimiento no consista en la insatisfacción del interés del acreedor, ponderada objetivamente conforme al contrato (lo que obviamente no se niega en este trabajo) sino del particular contenido de la vinculación contractual. *La culpabilidad del deudor no es una exigencia de imputación subjetiva*, propia de estas obligaciones, *sino la manera de determinar la existencia del incumplimiento del contrato por el deudor*” (el subrayado es mío).

⁶⁴ BARROS, (2009), pp. 166, 167.

⁶⁵ En este sentido SEVERIN FUSTER, (2014), p. 193.

⁶⁶ Esto es lo que se deduce de la argumentación elaborada por VAQUER ALOY, (2012 a) pp. 21 y ss., cuando califica como “resultado”, en los casos de servicios de médicos o abogados, la realización de un diagnóstico o la presentación de los escritos procesales procedentes, *siempre que cumplan con los estándares profesionales o la lex artis ad hoc para poder catalogarse como diagnóstico, asesoramiento*, etc. (el subrayado es mío). ¿Acaso se está prescindiendo aquí de la culpa o negligencia para valorar si ha habido incumplimiento?

También BARRÓN ARNICHES., (2012), p. 1184, en su intento de aplicar la noción de conformidad a todo contrato de servicio califica como “resultado” “la prestación, correcta, diligente del servicio”.

La idea de que puede calificarse como “resultado”, el cumplimiento de los deberes de diligencia del deudor que sólo compromete una actividad, había sido sugerida previamente (ver nota 63), por MORALES. Pero, como también se ha indicado, si bien ese planteamiento puede ser útil a efectos puramente explicativos y con el fin de ofrecer un concepto general de cumplimiento, no puede llevarse al extremo de obviar la necesidad de culpa para que en ciertos tipos de obligaciones exista incumplimiento.

incumplimiento es necesario, en ciertos casos, comprobar si el comportamiento del deudor se ha desarrollado o no de manera diligente.

c) En cualquier caso, en el supuesto en que el deudor se comprometió a satisfacer con su conducta el interés primario del acreedor, esto es, *cuando se obligó a obtener un resultado a cambio de su contraprestación*, debe entenderse que la falta de correspondencia entre la prestación realizada y la programada en el contrato le priva de su derecho a la contraprestación, y ello con independencia de que el incumplimiento se deba a su culpa o negligencia o a un acontecimiento fortuito ajeno a su círculo de control (caso fortuito/fuerza mayor)⁶⁷. Esta conclusión es consecuencia de la propia configuración de la prestación, de la que se deduce que el *riesgo* de no satisfacción del interés del acreedor⁶⁸ le corresponde al prestador del servicio⁶⁹. El problema en la práctica, como se verá con posterioridad, es, a falta de norma expresa de carácter general (cfr. art. 1590 C.c.), cómo puede articularse la pretensión del acreedor de impago de la remuneración pactada ¿está ligada al ejercicio de la acción resolutoria? La interrogante se plantea, en particular, cuando se ha abonado total o parcialmente la remuneración en cuyo caso la mencionada pretensión implica la restitución de lo entregado.

Cuando el deudor sólo se comprometió a desarrollar su actividad de manera diligente tiene derecho a la remuneración aunque no se haya obtenido la satisfacción del interés primario del acreedor. En esta hipótesis, por tanto, el riesgo es del acreedor⁷⁰, pues deberá abonar al prestador del servicio su remuneración, aunque su actividad haya sido inadecuada para obtener el resultado último perseguido por aquél. Si el deudor ejecutó la prestación de manera negligente, la prueba de la negligencia permitirá demostrar que hubo incumplimiento. Pero en tal caso, será necesario además, para que el acreedor del servicio pueda ejercitar la acción resolutoria y solicitar la devolución de la remuneración pagada o liberarse de la que deba abonar, que dicha negligencia afecte a aspectos del servicio lo suficientemente relevantes como para provocar la plena insatisfacción del interés del acreedor, porque de otro modo no procederá la resolución⁷¹,

⁶⁷ CRESPO MORA (2013), pp 10, 15; CABANILLAS, (1993) pp. 39, 45, 56, 135 y ss; (2014), pp. 184, 185.

⁶⁸ Adviértase que nos estamos refiriendo aquí al riesgo en caso de imposibilidad de incumplimiento no imputable al deudor, sino con carácter general, a la distribución de riesgos contractuales. Sobre los distintos significados del término “riesgo” en el Derecho de contratos, BARROS, (2009), págs. 153 y ss. Asimismo, sobre los distintos tipos de “riesgos” que el contrato permite distribuir, MORALES, (2009), pp 205 y ss.

⁶⁹ DíEZ-PICAZO, (2008), pp. 723, 724.

⁷⁰ Como señala BARROS, (2009) pp190, 191 “si la obligación es de conducta, el único riesgo que asume el deudor se refiere precisamente al defecto de su propia conducta o de los auxiliares en la ejecución de la obligación”. Corresponde al acreedor, en cambio, el riesgo de que el resultado o fin perseguido “no se satisfaga”.

⁷¹ Es dudoso, por otra parte, si el acreedor del servicio deficientemente ejecutado, que ejercita la facultad resolutoria, puede quedar eximido de abonar la remuneración pactada o recuperarla (de haberla abonado) en su totalidad. Por lo general se entiende que la resolución conlleva la restitución de las prestaciones ya ejecutadas por las partes y la liberación de las obligaciones futuras, pero el problema que aquí se plantea es que la prestación de hacer ya ejecutada no es susceptible de restitución. ¿Significa esto que el acreedor del servicio debe devolver el equivalente pecuniario del valor del servicio recibido? En relación con la regulación contenida en la PMCC, cuyo art. 1203,2 prevé que si la restitución no puede hacerse en forma específica, deberá restituirse el valor de la prestación, señala GÓMEZ CALLE, (2012), p. 76, que tal imposibilidad “puede deberse a que se trate de una obligación de hacer”. Ahora bien, si la obligación de hacer ha sido deficientemente ejecutada de forma que ha quedado plenamente insatisfecho el interés del acreedor ¿tiene sentido que, para recuperar la remuneración

sino otros remedios como la reducción del precio o la acción de cumplimiento o corrección de la prestación negligentemente ejecutada.

d) Que la no consecución del resultado a que se comprometió el deudor (en el caso de que así sea) suponga incumplimiento y le prive de su derecho a la contraprestación no significa que deban desencadenarse todas las consecuencias propias del incumplimiento. Presuponiendo que la noción de incumplimiento es objetiva, y resulta de la mera comparación entre el resultado ideal comprometido en el contrato y el realmente obtenido por el deudor, la constatación del incumplimiento permitirá al acreedor optar por negarse a pagar su contraprestación, ejercitar la acción de cumplimiento⁷² con objeto de obtener el resultado inicialmente perseguido, o, teóricamente, resolver el contrato⁷³. Pero de ahí no cabe deducir que pueda exigirse responsabilidad contractual (me refiero exclusivamente al “remedio” indemnizatorio), ya que esta última sí que exige que el incumplimiento sea imputable al deudor. La doctrina tradicional venía entendiendo que en las obligaciones de resultado la no consecución del mismo hacía presumir la culpa del deudor⁷⁴, por lo que éste sólo podía quedar exonerado demostrando el caso

abonada, deba éste pagar el valor del servicio recibido? ¿qué utilidad tendría entonces la resolución? Puede aducirse que el importe a restituir será el correspondiente al valor del servicio *defectuosamente* prestado, que, por lo tanto, será previsiblemente menor al valor de la contraprestación pactada. Sin embargo, ¿cabe hablar, realmente, de “menor valor” del servicio cuando la insatisfacción del acreedor es total y el servicio prestado no le es útil? Por otra parte, si de lo que se trata es de reducir el importe de la remuneración pactada, para ello no es necesario ejercitar la facultad resolutoria pudiendo reclamarse, directamente, dicha reducción. Creo, en definitiva, que lo lógico sería que, cuando la negligencia del deudor en la realización de la prestación de hacer, esto es, el incumplimiento de su obligación, determine la completa insatisfacción del acreedor, este último debe poder resolver el contrato sin necesidad de restituir el valor del servicio recibido, al menos cuando la prestación recibida no le es de ninguna utilidad. Sobre esta cuestión vid. *infra*, ep. 5,1, iii).

⁷² Presupongo que en caso de incumplimiento, y siempre que la ejecución de la prestación siga siendo posible, el acreedor insatisfecho puede ejercer la acción de cumplimiento. Esta es la opinión general en el Derecho español actual [PANTALEÓN (1993), pp. 1729-1730; MORALES, (2006 c) pág. 61; Díez-PICAZO, (2008), pp. 711, 775], si bien hay que advertir que en algunas propuestas europeas (v. gr. PECL; DCFR), cuando el incumplimiento es “excusable”, el acreedor no dispone de la acción indemnizatoria pero tampoco de la acción de cumplimiento (al respecto SEVERÍN FUSTER, (2014), *ob. cit.*, págs. 617-619). En la Propuesta de Modernización del C.c. en materia de obligaciones y contratos, la acción de cumplimiento no requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor. No obstante, tiene ciertos límites: el acreedor no puede exigir el cumplimiento específico si es imposible, si es excesivamente oneroso para el deudor o, en caso de prestaciones personales, si la exigencia de cumplimiento es contraria a la buena fe. Sobre ello vid. FENOY, (2010), pp. 81-93.

⁷³ En la medida que se acepte que el acreedor de un “resultado”, queda directamente eximido del pago del precio pactado si la prestación ejecutada no se ajusta al resultado programado, no parece que tenga mucha utilidad el ejercicio de la facultad resolutoria, a menos que se entienda que la acción dirigida a obtener la devolución de la remuneración, total o parcialmente pagada al prestador del servicio, supone el ejercicio de la resolución (sobre ello ep. 5,1, iii).

⁷⁴ LOBATO (1992) p. 715. Algunos autores consideraban aplicable la presunción del art. 1183 C.c. -por ej. LACRUZ (1985), p. 238- y otros como MORENO QUESADA (1976), p. 475, 476, parten de la base de que, si el resultado se consigue, debe entenderse que el deudor desplegó su actividad con diligencia, de modo que en caso contrario sólo podrá exonerarse si acredita la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. CERVILLA GARZÓN, (2001), pág. 140, se manifiesta en contra de dicha postura.

CABANILLAS, (1993), pp. 153, 154, por su parte, considera que frente a la prueba del incumplimiento el deudor sólo puede liberarse de la obligación de indemnizar probando que la no consecución del resultado se debió a causa no

fortuito o la fuerza mayor. Si concebimos la noción de incumplimiento como objetiva, no parece que deba presumirse la culpa del deudor que no obtiene el resultado comprometido en el contrato. Sin embargo, conforme a la nueva concepción del incumplimiento la solución no difiere mucho de la expresada. De acuerdo con la tendencia actual la culpa-negligencia, como criterio de imputación de la responsabilidad contractual, debe quedar sustituida por la delimitación de un ámbito o esfera jurídica de imputación del riesgo⁷⁵. Esto implica que, existiendo incumplimiento –y la no consecución del resultado previsto así lo implica-, el deudor incurrirá en responsabilidad y deberá indemnizar salvo que demuestre que dicho incumplimiento se debe a un suceso ajeno a su ámbito de control⁷⁶.

En cambio, cuando el deudor se comprometió exclusivamente a desarrollar una actividad –sin garantizar la consecución del interés primario del acreedor- en la medida que sólo hay incumplimiento cuando el deudor actuó de manera negligente, el juicio de incumplimiento coincide con el juicio de imputabilidad. Una vez probado el incumplimiento –mediante la demostración de la negligencia del deudor- el acreedor podrá ejercitar la acción de cumplimiento o resolver el contrato. Pero también podrá exigirle responsabilidad contractual. Y en este caso no parece posible la exoneración del deudor porque, en la medida que la culpabilidad del deudor ha debido ser probada para que pueda considerarse existente el incumplimiento, difícilmente podrá éste exonerarse de responsabilidad demostrando que el mismo se debió a caso fortuito o fuerza mayor, esto es, a un acontecimiento ajeno a su ámbito de control⁷⁷.

Tras las anteriores consideraciones, hay que determinar una cuestión fundamental, que consiste en saber cuándo puede entenderse que el obligado a prestar un servicio se compromete a alcanzar el resultado, el “interés primario” o inmediato, perseguido por el acreedor. A ello nos referimos a continuación con referencia a los servicios médicos.

imputable ex art. 1105. Argumenta que conforme al art. 1101 hay obligación de indemnizar no sólo en caso de dolo o negligencia sino también cuando “de otro modo” se contraviene el tenor de la obligación. En su opinión esta hipótesis hace referencia a un criterio de atribución de riesgos como el que se da en las obligaciones de resultado.

⁷⁵ Por todos, MORALES, (2006 a), pp. 51, 52., quien indica que “el deudor asume el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en esa esfera se localicen y queda obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido por ese incumplimiento”.

⁷⁶ PANTALEÓN, (1991) pp. 1060, 1067 y ss., ya anticipaba esta última conclusión al interpretar el art. 1105 C.c. en consonancia con el art. 79,1 de la Convención de Viena. En el mismo sentido Díez-PICAZO (2008) págs. 726 y ss.

⁷⁷ Si hay culpa o negligencia no puede haber, al mismo tiempo, caso fortuito o fuerza mayor porque éstos excluyen aquélla. Creo que no tiene sentido plantear aquí la posibilidad de que el deudor pueda exonerarse de responsabilidad probando la imposibilidad sobrevenida fortuita porque, de haberla, no habría negligencia ni, por consiguiente, incumplimiento (en este sentido YZQUIERDO (1989), pp. 280, 281). Entiende lo contrario JORDANO FRAGA (1991) pp. 31-33, 52 y ss. También CERVILLA GARZÓN (2001), p. 138 siguiendo a este autor, estima que una vez constatado el incumplimiento debe hacerse un segundo juicio sobre la culpabilidad o no del deudor a fin de constatar su imputabilidad. En mi opinión, si en el seno del proceso el deudor prueba que el incumplimiento se debe a un hecho fortuito e imprevisible ajeno a su ámbito de control no llegará a entenderse que existe un comportamiento negligente constitutivo de incumplimiento, por lo que huelga acudir a esa “segunda fase” de valoración.

4. La concreción de la prestación debida por el deudor de servicios médicos.

Aunque en la doctrina se han tomado en consideración diversos elementos a la hora de concretar cuándo debe entenderse que el deudor se compromete a obtener un resultado, el elemento fundamental es el que atañe a las posibilidades del prestador de alcanzar el resultado perseguido, por quedar éste o no bajo su control⁷⁸. Cuando la consecución del resultado no depende exclusivamente de la actividad del deudor, sino de factores externos ajenos a su control, no parece posible entender, en defecto de pacto expreso, que aquél se compromete a obtener tal resultado. Y ello porque no sería *razonable* –ni por tanto, protegible jurídicamente– la expectativa de obtención del resultado que pudiera haberse forjado el cliente⁷⁹. Ahora bien, ello será así siempre que resulte claro para el cliente medio, y de acuerdo con las circunstancias del contexto negocial, que la obtención del resultado que persigue obtener no está en manos del prestador del servicio. Porque, en caso contrario, es decir, cuando el cliente desconozca tal circunstancia y haya podido forjarse la expectativa inversa, bien como consecuencia del comportamiento del prestador del servicio o bien debido al contexto en que se ha desarrollado la negociación, cabrá entender que el proveedor del servicio se ha comprometido a obtener el resultado esperado por el cliente⁸⁰. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, en el supuesto en que de la publicidad realizada en la comercialización de un servicio, quepa deducir que se está garantizando un resultado, cosa que, por lo que aquí nos interesa, sucede con relativa frecuencia en el ámbito de los tratamientos médicos de carácter estético. Pero también se dará esta situación si el cliente acude al prestador del servicio con el propósito de obtener un determinado objetivo, conocido por el prestador, y éste no le informa de que dicho objetivo puede no obtenerse.

4.1. Referencia a la regulación del contrato de servicios en el DCFR y en la PMC

Este último factor es particularmente tenido en cuenta en el DCFR para concretar cuándo el prestador de un servicio asume la obligación de lograr un resultado. En principio, como antes se indicó, al prestador del servicio le corresponde, según el art. IV.C.-2:105, una obligación de “competencia y cuidado” (“skill and care”)⁸¹, que, como señala el Comentario C a dicho precepto, “es la obligación esencial impuesta al proveedor de un servicio en todas las culturas jurídicas, a no ser que exista algún motivo para imponer la obligación, más estricta, de lograr el resultado concreto previsto por el cliente”.

Para concretar cuándo la obligación del prestador de un servicio puede considerarse como una obligación de resultado, el art. IV.C-2:106 tiene en cuenta las indicaciones del cliente si éstas

⁷⁸ LOBATO GÓMEZ, (1992), pp. 698-706. JORDANO FRAGA, (1991), p. 10; CABANILLAS, (1993) pp. 41-43; CERVILLA GARZÓN, (2001), p. 121; SÁNCHEZ GÓMEZ (1998), p. 114; JIMENEZ HORWITZ, (2012), pp. 573, 574; CRESPO MORA, (2013), pág. 11, ALONSO PÉREZ, (2014) p. 74.

⁷⁹ En este sentido JIMÉNEZ HORWITZ, (2012), p. 574, quien indica que las expectativas del cliente están en relación con el control que el profesional puede ejercer sobre la realización del resultado.

⁸⁰ Como señala BARROS, (2009), p. 158, “a qué se obliga el deudor” puede resultar “de un acuerdo preciso” o “de las expectativas que las partes tienen derecho a hacerse en contratos del tipo que han celebrado”.

⁸¹ Este precepto dispone en su apartado primero “El prestador del servicio debe ejecutarlo: a) con la competencia y cuidado que ejercería un razonable prestador de servicios en esas circunstancias y b) de conformidad con las leyes y demás normas vinculantes aplicables al servicio [...]”

existen y, a falta de las mismas, las expectativas que razonablemente este último pueda tener. Así el apartado primero del precepto dispone que: “El prestador de un servicio debe alcanzar el resultado *indicado* o *previsto* por el cliente en el momento de la celebración del contrato, siempre que, en caso de un resultado *previsto pero no indicado*: a) éste sea un resultado que el cliente podía razonablemente esperar y b) el cliente no tenga motivos para creer que existe un riesgo considerable de no alcanzar tal resultado”.

Resulta, por tanto, que el prestador del servicio quedará obligado a obtener un resultado en dos casos: a) Cuando el cliente le informe de que pretende obtener cierto resultado y el proveedor del servicio no lo pone en cuestión y b) cuando las partes no han tratado expresamente el asunto pero el prestador del servicio debe presuponer que el cliente espera lograr cierto resultado⁸². A tal efecto han de tenerse en cuenta las expectativas del cliente “medio, objetivo y razonable”⁸³, expectativas que dependen, según los comentaristas del precepto, de “que el cliente no tenga ningún motivo para creer que existía un riesgo considerable de no obtención del resultado”⁸⁴. Esto último está en función, como es lógico, de la capacidad del proveedor de lograr el resultado por quedar éste bajo su control⁸⁵, pero fundamentalmente de las advertencias del prestador. Porque, como se observa en el Comentario A al artículo que comentamos, el cliente debe ser advertido de todo riesgo que, en opinión de un proveedor competente medio, pueda impedir la materialización del resultado previsto por aquél⁸⁶.

En relación con ello es importante señalar que el art. IV.C-2:102, impone al prestador de servicios una serie de deberes precontractuales de advertencia, entre los que destaca el deber de advertir al cliente del *riesgo de “no lograr el resultado indicado o previsto” por éste*-art. IV.C-2:102, (1) a)- y del riesgo de *“perjudicar otros intereses del cliente”* -art. IV.C-2:102, (1) b)-⁸⁷.

Pues bien, este deber de advertir sobre la imposibilidad (o dudosa posibilidad) de lograr el resultado esperado por el cliente (ya lo haya indicado expresamente, ya se deduzca de las circunstancias atendiendo a las expectativas del cliente medio) es esencial para delimitar el objeto de la obligación asumida por el prestador del servicio⁸⁸ y, en particular para concretar si el

⁸² Así se indica en el comentario A a dicho precepto, *Principles...*, p. 1653.

⁸³ Cfr. Comentario A, Art. IV.C.-2:106, *Principles...* p. 1653, 1654.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 1654.

⁸⁵ Así se desprende del Comentario A, en el que se insiste en que la capacidad del proveedor del servicio de lograr un resultado concreto depende de factores que no siempre están bajo su control (p. 1653), en relación con los Comentarios B y C, (pp. 1655, 1656) en los que se indica, respectivamente, que cuando el proveedor no tiene un control absoluto del resultado sería demasiado estricto imponerle una obligación de resultado, pero que, cuando es probable que el servicio logre el resultado en cuestión, el proveedor quedará obligado a obtenerlo salvo que exista una disposición contractual en contrario.

⁸⁶ *Principles...*, p. 1654.

⁸⁷ A ello se añade, en la letra c del art. IV.C.-2:102, 1, el deber de advertir sobre la posibilidad de que la prestación del servicio pueda resultar más cara o requerir más tiempo de lo que el cliente razonablemente había previsto. Además se indica que ese deber de advertencia no es aplicable si el cliente ya conoce la existencia de tales riesgos o es razonable suponer que los conoce.

⁸⁸ VILLANUEVA LUPIÓN, (2012), pp. 846 y 847 señala que el prestador del servicio puede incidir en la configuración de la prestación mediante el deber precontractual de advertir, concretando las expectativas del cliente en el resultado. ALONSO PÉREZ, (2013), indica que estas obligaciones solventan los problemas de indeterminación del

prestador del servicio ha asumido o no la obligación de obtener el resultado esperado o deseado por el cliente, como se deduce de los comentarios a dicho precepto⁸⁹. Y ello tiene especial importancia en determinado tipo de tratamientos médicos, a los cuales se somete el paciente con el fin de lograr ciertos objetivos que, si bien no siempre son indispensables para su salud, mejoran su calidad de vida o su bienestar personal, y que, por lo general, aun cuando no hayan sido exigidos expresamente por el paciente, son evidentes para el prestador del servicio.

Es de notar, en este sentido, que el DCFR mantiene, en relación con el contrato de servicios médicos (denominado contrato de “tratamiento”⁹⁰) la postura tradicional que considera que el profesional asume, en principio, sólo una obligación de actuar de manera diligente. Así, el art. IV.C.-8:104, impone al prestador del servicio sanitario una “obligation of skill and care”, que responde a un estándar objetivo de diligencia, el de “un prestador del tratamiento razonable” que actúa con el cuidado y la habilidad apropiadas a las circunstancias (apartado 1 art. IV.C.-8:104)⁹¹. Ello se debe, según los comentaristas del precepto, a que establecer un sistema de responsabilidad sin culpa exigiría decisiones políticas complejas y un mecanismo económico para respaldarla, básicamente el establecimiento de sistemas de seguros específicos o fondos de solidaridad social dirigidos a afrontar los “accidentes de tratamiento”⁹². De ahí que la regulación

objeto del contrato (p. 21) y tienen como fin evitar la inseguridad jurídica que puede surgir si las partes no abordan en la negociación los resultados que cabe esperar, permitiendo concretar si la obligación del prestador es de medios o de resultado (p. 24). Así, tienen una función de transferencia de riesgos, y en concreto del riesgo de no consecución del resultado comprometido (pp. 13, 27 y ss.). En similar sentido, BARRÓN ARNICHES, (2014), p. 981, quien indica que las obligaciones de advertencia precontractual ayudan “a delimitar el objeto del contrato” y permiten imputar el riesgo de no consecución del resultado al cliente, si se le informa del mismo.

⁸⁹ Así, en el Comentario E (p. 1620) al art. IV.C.-2:102 se dice que si el prestador de servicios no cumple ese deber de advertencia el cliente podrá accionar sobre la base del incumplimiento de la obligación de obtener un resultado derivada del art. IV.C.-2:106.

⁹⁰ Este contrato está regulado en el capítulo 8 del libro IV, que, según el art. IV.C.-8:101 (1), se aplica a los contratos en que una parte, el prestador del servicio sanitario, acepta proporcionar tratamiento médico a otra, el paciente. Quedan incluidos en el concepto de tratamiento médico, según el Comentario A (pp. 1932, 1933), tanto los de finalidad curativa como aquéllos otros que no son necesarios desde un punto de vista estrictamente terapéutico (cirugía estética, esterilización, etc.).

También pueden aplicarse las normas de este capítulo “con las modificaciones oportunas” a supuestos en que se presta un servicio “para modificar la salud física o mental de una persona más allá del tratamiento médico” (apartado 2 del precepto). Con ello parece hacerse referencia a casos tales como los tratamientos de belleza, peluquería y perforación corporal (Vid. Comentarios B y D, pp. 1933, 1934, 1935; RAMOS GONZÁLEZ, (2012), pp. 1322, 1323).

La regulación prevista se aplica a la asistencia sanitaria privada (vid. Comentario B, pág. 1934, 1935); pero respecto de ella cubre tanto el ejercicio individual de la profesión como el realizado por una empresa hospitalaria (RAMOS GONZÁLEZ, *ibídem*, p. 1323).

⁹¹ En el Comentario A se indica que el criterio para valorar la diligencia es el de un profesional razonablemente competente, que actúa de acuerdo con las directrices y protocolos establecidos por el estado actual de la ciencia médica en las circunstancias del tratamiento concreto a proporcionar (p. 1951). Es de notar que el citado art. IV.C.-8:104 contempla en su apartado segundo el supuesto en que el médico carece de la experiencia o competencia necesaria para tratar al paciente, en cuyo caso dispone que *deberá derivar al paciente a un profesional que pueda hacerlo*. (Comentario B y D, pp. 1953, 1954).

⁹² Comentarios B (in fine) y D, pp. 1953, 1954.

relativa al contrato de tratamiento esté básicamente dirigida a concretar el nivel de diligencia requerido e imponer ciertas obligaciones al prestador del servicio relativas a las actuaciones de carácter diagnóstico⁹³, la seguridad de los productos médicos e instalaciones⁹⁴, y la información y obtención del consentimiento del paciente⁹⁵, remitiéndose el art. IV.C.-8:110, para el supuesto de incumplimiento de cualquiera de dichas obligaciones, a las reglas generales del Libro III del DCFR con algunas modificaciones⁹⁶.

Ahora bien, que la regla general en los contratos de servicios médicos sea que el profesional se compromete a actuar con la diligencia propia de un profesional razonablemente competente, no implica que aquél no pueda asumir una obligación de resultado⁹⁷, de acuerdo con los parámetros anteriormente examinados.

En el ámbito de los servicios médicos se establece en el DCFR un sistema de responsabilidad por culpa porque, como se ha indicado, se presupone que los profesionales sanitarios no deben responder de aquellos daños aleatorios que escapan a su control (los denominados “accidentes de tratamiento”) debido a las consecuencias económicas que ello acarrearía. Pero esta regla no impide que, si en el momento de celebración del contrato, el profesional médico genera en el paciente, con su comportamiento activo u omisivo, la *razonable* expectativa de que puede obtener cierto resultado (esté o no dicho resultado a su alcance), quede obligado a la consecución del mismo.

Y, en relación con esta cuestión, es determinante la información que el médico suministra al paciente cuando éste acude a su consulta o establecimiento con el fin de obtener determinado objetivo que pone de manifiesto ante el profesional (v. gr. esterilización; corrección de cicatrices o defectos estéticos; aumento o disminución de mamas; implantes dentales; eliminación de defectos ópticos; subsanación de alopecia...) pues, si no se le informa de que el resultado pretendido

⁹³ El art. IV.C.-8:102, impone al profesional sanitario, *si es razonablemente necesario*, la obligación de interrogar al paciente acerca de su estado de salud síntomas, alergias, etc.; realizar las pruebas necesarias para el diagnóstico y consultar con otros profesionales. Este artículo presupone que el mero error de diagnóstico no siempre implica negligencia dada la existencia de varias causas posibles para una enfermedad. Por ello, pretende facilitar la determinación de la posible responsabilidad médica estableciendo una serie de actuaciones de carácter diagnóstico que deben llevarse a cabo siempre que resulte razonable (vid. Comentarios A-C, pp. 1941 y ss.).

⁹⁴ El art. IV.C.-8:103, hace responder *objetivamente* al profesional sanitario, de los instrumentos medicamentos, instalaciones y establecimientos que utilice y en los que desarrolle su labor, indicando expresamente el apartado segundo de dicha regla que las partes no puede excluirla ni derogar o modificar sus efectos en perjuicio del paciente [sobre el carácter objetivo de dicha responsabilidad, RAMOS GONZÁLEZ (2012), pp. 1339, 1340].

⁹⁵ El art. IV.C.-8:105 detalla los extremos sobre los que el profesional médico debe informar al paciente (estado de salud del paciente y naturaleza del tratamiento; ventajas y riesgos del mismo –en particular, respecto de estos últimos se indica que ha de informársele de cualquier riesgo que pudiera producirle un grave perjuicio y, por tanto, influiría razonablemente en su decisión- ; alternativas al tratamiento, consecuencias de no recibir tratamiento); el art. IV.C.-8:106 incide en la misma cuestión respecto de los tratamientos médicos o experimentales; el IV.C.-8:107 se refiere a las excepciones a la obligación de informar; el IV.C.-8:108, consagra la obligación de no proporcionar tratamiento médico sin el previo consentimiento del paciente y el IV.C.-8:109 se refiere a la documentación e historia clínica.

⁹⁶ Así, por ejemplo, se indica que el prestador del tratamiento no puede suspenderlo o resolver la relación contractual si con ello pone en grave riesgo la salud del paciente.

⁹⁷ RAMOS GONZÁLEZ (2012), p. 1343; CRESPO MORA, (2013), p. 37.

puede no obtenerse y no queda, por consiguiente, garantizado (v. gr. no se le informa de que la vasectomía conlleva cierto riesgo de recanalización espontánea) habrá que entender que el médico se ha comprometido a obtener el resultado perseguido por el paciente⁹⁸.

Interesa señalar, en este sentido, que la Propuesta de modernización del contrato de servicios de la Comisión General de Codificación, en línea con lo establecido en el DCFR, exige al prestador del servicio que advierta al cliente de la posibilidad de que no se alcance el resultado pretendido por éste o de que, aun alcanzándolo, puedan lesionarse otros intereses del mismo⁹⁹ (art. 1583 PCS)¹⁰⁰. De este modo, nuevamente, el incumplimiento de ese deber de advertencia puede convertir el resultado perseguido por el cliente en un resultado cuya consecución es exigible al deudor¹⁰¹.

Hay que observar que, tanto en el DCFR como en la PCS, el deber precontractual de advertir sobre los extremos mencionados no opera cuando el cliente conoce la existencia de tales riesgos o es razonable suponer que los conoce (arts. IV.C.-2:102, 2; art. 1583,2). Pero ha de tenerse en cuenta que en el ámbito de la actividad médica, si bien cabe pensar que cualquier paciente es consciente de que no todo tratamiento terapéutico puede tener éxito, no cabe presuponer, especialmente cuando se trata de intervenciones quirúrgicas, que conoce los riesgos aleatorios que pueden conducir, bien al fracaso de la intervención, bien a la producción de secuelas colaterales. Recordemos, en este sentido, que la ley impone al médico la obligación de informar al paciente de los riesgos, alternativas médicas, etc. de su problema o enfermedad antes de obtener su

⁹⁸ En este sentido, observa DE VERDA Y BEAMONTE, (2015), p. 120, que quien se somete a una operación de cirugía estética “lo hace porque espera obtener un resultado satisfactorio (y el cirujano lo sabe)”. Partiendo de que, en la práctica existe una garantía implícita de éxito, difundida por las clínicas especializadas en este tipo de intervenciones, observa que, para que no opere esa presuposición general, es preciso que el médico advierta al paciente de que no garantiza el resultado esperado y le informe sobre todos los riesgos de la operación.

⁹⁹ Parece evidente que la referencia a la posible lesión de otros intereses del acreedor, está relacionada con los denominados “deberes de protección”, que se insertan en el contrato aun en defecto de pacto expreso por virtud del art. 1258 C.c. [CABANILLAS (2000) pp. 247 y ss.; 263 y ss.] y tienen como fin tutelar el interés de los contratantes en no sufrir daño en sus bienes personales o patrimoniales con ocasión del desenvolvimiento del contrato [MORALES, (2010), p. 88].

¹⁰⁰ Señala CRESPO MORA, (2017), p. 271, que la tipificación legal de los deberes de información y cooperación de ambas partes, tanto en la fase precontractual como durante la ejecución del contrato, siguiendo el texto del DCFR, constituye uno de los mayores aciertos de la propuesta de la Comisión General de Codificación.

Ha de observarse que también la *Propuesta de Código civil* (libros 4º y 5º) elaborada por la APDC (versión publicada en 2016), incluye en su art. 528-8, relativo a los contratos de servicios, el deber precontractual de informar sobre “la posibilidad de que no se alcance el resultado perseguido por el principal con la celebración del contrato” y “sobre la posibilidad de que la prestación del servicio perjudique otros intereses del principal”. En caso de que se informe sobre la posibilidad de no alcanzar el resultado “el principal no puede alegar falta de conformidad” por no obtención del mismo. Si se informa sobre la posibilidad de que se perjudiquen otros intereses del principal, la aceptación de ese “riesgo” impide al principal alegar luego falta de conformidad. Queda patente también, en esta propuesta, la incidencia directa que tienen los mencionados deberes de información o advertencia en la delimitación de la obligación asumida por el prestador del servicio.

¹⁰¹ CRESPO MORA, (2017) pp. 281, 282.

consentimiento al tratamiento o intervención (art. 2,2 y 3; art. 4,1 Ley 41/2002)¹⁰². Dicha información es concebida como un derecho del paciente y un deber del profesional sanitario¹⁰³ y tiene como fin, justamente, compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto¹⁰⁴.

Aunque el mencionado deber de información viene impuesto legalmente al médico y entra en juego en todo caso de prestación sanitaria, conviene aludir al mismo en relación con el supuesto en que existe un vínculo contractual entre médico y paciente.

4.2. El deber de informar al paciente con carácter previo al tratamiento. Su relación con el “deber de advertencia” del prestador de servicios médicos

El art. 4 Ley 41/2002 dispone que los pacientes tienen derecho a conocer, “con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”, y añade que dicha información debe comprender, “como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Dicha información debe ser previa a la prestación por el paciente de su consentimiento al tratamiento o intervención¹⁰⁵, consentimiento éste que es fundamental para legitimar la actuación médica¹⁰⁶ y constituye una manifestación del derecho a la autodeterminación del paciente¹⁰⁷. La ley exige que el consentimiento se preste una vez suministrada la necesaria información¹⁰⁸ porque es evidente que si el paciente no es informado

¹⁰² En el DCFR, dentro de los deberes que incumben al prestador de servicios médicos, se incluye la obligación de informarle “para que pueda elegir libremente” si acepta o no el tratamiento (art. IV.C.8:105), estableciendo, el art. IV.C.-8:108, la obligación de no proporcionar el tratamiento sin el previo consentimiento informado del paciente.

¹⁰³ DOMÍNGUEZ LUELMO, (2003), pp. 121, 122, 162.

¹⁰⁴ PARRA SEPÚLVEDA, (2014), p. 133.

¹⁰⁵ El art. 2,2 Ley 41/2002 requiere para “toda actuación en el ámbito de la sanidad” el previo consentimiento del paciente, que “debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada” y lo mismo exige el art. 8,1 que dispone que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

¹⁰⁶ El consentimiento al tratamiento médico es concebido usualmente como un requisito indispensable para legitimar la actuación del médico sobre el cuerpo del paciente, si bien, desde el punto de vista penal se ha entendido habitualmente que si el médico actúa sin el consentimiento del paciente cometería un delito contra su libertad personal y no un delito de lesiones. ([Sobre ello vid. SANTOS MORÓN, (2000), pp. 58, 59] Más recientemente, GUÉREZ TRICARICO, (2012) pp. 284 y ss. revisa las distintas posturas doctrinales sobre el papel del consentimiento informado en la posible comisión de un delito de lesiones.

¹⁰⁷ El derecho del paciente a consentir el tratamiento médico, en ejercicio de su autodeterminación, suele ser calificado como un derecho fundamental (así la STS, 1ª, 12.1.2001, RJ 2001/3) por entenderse que la autonomía del paciente forma parte del derecho a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE. y venir exigida por el art. 10,1 CE [GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 625 y ss: GUERRERO ZAPLANA (2004), p. 44].

¹⁰⁸ En el DCFR se impone, igualmente, al prestador de servicios médicos la obligación de no proporcionar el tratamiento sin el previo consentimiento informado del paciente (art. IV.C.-8:108), indicándose que esa obligación “contractual” se ve reforzada por la posible existencia de responsabilidad extracontractual y penal en caso de ausencia de consentimiento (Comentario A, *Principles...*, p. 1992). Asimismo se regula el contenido del deber de información en los tratamientos terapéuticos (art. IV.C.8:105) y en los experimentales e “innecesarios” (art. IV

adecuadamente de los riesgos, beneficios, posibles alternativas, etc, del tratamiento médico no puede adoptar de manera libre y reflexiva la decisión de aceptarlo o rechazarlo¹⁰⁹.

De ahí que el incumplimiento del deber de información médica pueda ser considerado como fuente de responsabilidad en el ámbito extracontractual. La omisión de la adecuada información constituye una vulneración de la *lex artis* y, en cuanto comportamiento negligente, permite hacer responsable al médico de los daños derivados de tal comportamiento. Ahora bien, en puridad, ello solo debiera ser así si puede probarse que, de haber recibido el paciente una correcta información no se hubiera sometido igualmente a la intervención, pues de otro modo la omisión de la información debida, no podría considerarse como “causa” del daño finalmente sufrido por el paciente¹¹⁰. Si bien es cierto que en la práctica los tribunales no siempre han analizado la relación de causalidad¹¹¹ en los últimos tiempos el TS parece más proclive a hacerlo, aplicando, alguna sentencia, en los casos de incertidumbre causal, la teoría de la pérdida de oportunidad

C.8:106), refiriéndose, el art. I.C.-8:107, a las excepciones a la obligación de informar (v. gr. deseo del paciente de no ser informado, situaciones de urgencia).

¹⁰⁹ Como se indica en alguna sentencia del TS, la información suministrada al enfermo le permite escoger con libertad entre las distintas opciones posibles o incluso optar por no someterse a tratamiento alguno [v. gr. SSTS, 1ª, 12.1.2001 (RJ 2001/3); 2.7.2002 (RJ 2002/5514); 23.7. 2003 (RJ2003/80469)]. Alude a la relación “funcional” entre la información y el consentimiento del paciente GUERRERO ZAPLANA (2004) cit. p. 75.

¹¹⁰ El análisis de las consecuencias del incumplimiento del deber de información en el ámbito extracontractual excede del objeto de este trabajo. No obstante, debe advertirse que al respecto existen distintas posturas doctrinales y no hay una línea jurisprudencial homogénea.

Como regla, la mera omisión de información no genera responsabilidad si no se materializa el riesgo del que no se ha informado, sin que quepa reconocer la existencia de un daño moral autónomo derivado de la mera lesión del derecho de autodeterminación del paciente cuando no se ha producido daño físico alguno [contra PARRA SEPÚLVEDA, (2014), pp.198 y ss.; 377–379] Pese a ello, lo cierto es que alguna STS parece admitir la existencia de ese daño moral como figura independiente [cfr. STS, 3ª, 4.4.2000 (RJ 2000/3258); STS 13.5.2011 (RJ 2011/3279)].

Hay quien entiende que, en el supuesto en que se materializa el riesgo de daño, la falta de información impide traspasar ese riesgo al paciente, de modo que lo asumirá el médico, a quien le será “objetivamente” imputable el resultado dañoso. DOMÍNGUEZ LUELMO, (2003), pp. 260 y ss.; 314; SÁNCHEZ GÓNZÁLEZ, (2002), pp. 109-112).

No obstante por lo general la cuestión, como se indica en el texto, se analiza desde el punto de vista de la causalidad. Aunque hay quien opina que el nexo causal no debe establecerse entre la falta de información y el daño sino entre la actuación médica y el daño (DE ÁNGEL YAGÜEZ, (2002) pp. 24 y 25) la opinión más extendida es la contraria. En relación con ello hay distintas posibilidades que cabe sintetizar de la siguiente forma: a) Si es claro que el paciente no se hubiese sometido a la intervención de haber sido informado correctamente, no habrá dudas acerca de la relación causal y el médico deberá indemnizar el daño producido; b) si el paciente se hubiese sometido igualmente a la intervención de contar con suficiente información, no habrá responsabilidad; c) si no puede concluirse en uno u otro sentido, la situación de incertidumbre causal puede resolverse acudiendo a la teoría de la pérdida de oportunidad que permite imponer responsabilidad pero reduciendo la cuantía del daño indemnizable. Aunque no pueda afirmarse con certeza que el daño se habría evitado de existir correcta información sí cabe afirmar que se ha privado al paciente de la posibilidad de evitarlo. Sobre ello vid., ASÚA (2008), pp., 98-101; también ASÚA (2014) pp. 378 y ss.; GALÁN CORTÉS, (2016) pp. 875 y ss.; MUNAR BERNAT (2012), pp 112-114; PÉREZ VALLEJO, (2010) p 574. Adviértase, no obstante que, si se presupone la “oportunidad” perdida debe consistir en un evento aleatorio o casual –así lo entiende parte de la doctrina, v. gr. MARTÍN CASAL Y SOLÉ FELIU (2002), pp. 1114-1115- no procedería la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el caso comentado.

¹¹¹ Lo pone de manifiesto ASÚA, (2014) págs. 378 y ss.

para reducir el importe de la indemnización (v. gr. STS 10 mayo 2006 –RJ 2006/2399- STS 16 enero 2011 -RJ 2012/1784-).

Por lo que respecta al plano contractual, que es el que constituye objeto central de este trabajo, aunque conceptualmente son diferentes el consentimiento al tratamiento médico –que, como sabemos, es indispensable para legitimar cualquier actividad médica con independencia de que exista o no vínculo contractual- y el consentimiento contractual¹¹², lo cierto es que la información sobre los riesgos, beneficios, potenciales secuelas, etc., que el prestador del servicio médico debe suministrar al paciente antes del tratamiento o intervención tiene una doble función. De un lado, como se ha dicho, funciona como presupuesto necesario para que el paciente pueda ejercer correctamente su derecho de autodeterminación prestando su consentimiento al tratamiento médico. Pero, de otro, la información proporcionada por el facultativo al paciente permite a éste saber qué resultado puede esperar de la actuación médica que va a contratar y a la que se va a someter, lo que implica, desde mi punto de vista, que viene a *delimitar el contenido de la prestación asumida por el facultativo*.

Centrándonos en el contenido de la información que el médico ha de suministrar al paciente, con carácter general se entiende que la información debe versar sobre el diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, las alternativas existentes y, fundamentalmente, los riesgos del tratamiento o intervención¹¹³. Respecto de estos últimos, la doctrina introdujo la distinción entre riesgos “típicos” y “atípicos”, identificando alguna sentencia, erróneamente, los riesgos típicos -sobre los que habría que informar- con los frecuentes estadísticamente y los atípicos -de los que no necesariamente debería informarse- con los infrecuentes o poco probables¹¹⁴. Al respecto hay que advertir que lo determinante no es la frecuencia estadística del riesgo en cuestión, sino su previsibilidad por tratarse de un riesgo *inherente* al tipo de intervención de que se trate¹¹⁵, o, dicho de otro modo, un riesgo directamente relacionado con ella¹¹⁶, de posible acaecimiento con

¹¹² En este sentido LLAMAS POMBO (1998) pp. 152 y ss.; SANCHÉZ GÓMEZ, (1998) pp. 52, 53; DOMÍNGUEZ LUELMO (2003) p. 20.

¹¹³ Por todos, GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 727 y ss.

¹¹⁴ Así STS, 1ª, 28 diciembre 1998 (RJ 1998/10164).

¹¹⁵ Algunas sentencias, con buen criterio, advierten que no debe confundirse la previsibilidad del daño con su frecuencia estadística. Así lo indica la STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ 2009/4323). En similar sentido, la STS, 1ª, 21.10.2005, (RJ 2005/8547) que señala que la previsibilidad del riesgo es independiente de su probabilidad o porcentaje. De interés son, igualmente, la STS, 1ª, 12.1.2001 (RJ 2001/3) que observa que “poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto” si la complicación es “inherente” a la intervención y la STSJ Navarra 27.10.2001, Sala Civil y Penal (RJ 2002/1079), que afirma que lo relevante “no es la intensidad estadística o porcentual del riesgo, cuanto su tipicidad, inherencia o común asociación, según el estado de la ciencia, a la intervención médica de que se trate”.

¹¹⁶ De hecho el art. 10 Ley 41/2002, exige que el facultativo informe al paciente de las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad, los riesgos personalizados, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o “directamente relacionados con el tipo de intervención” y las contraindicaciones (el subrayado es mío). Como pone de relieve GALÁN CORTÉS (2016), pp. 734, 735, este precepto huye de criterios estadísticos o porcentuales para referirse a los riesgos directamente relacionados con el tipo de intervención, esto es, los específicos de la actuación en concreto. Por otra parte cabe señalar que, aunque este precepto se refiere al supuesto en que el consentimiento del paciente debe constar por escrito (supuestos previstos

independencia de que se despliegue la máxima diligencia¹¹⁷. Por consiguiente, el médico debe informar de todos los riesgos que revistan cierta gravedad¹¹⁸, y por tanto puedan incidir en la decisión del paciente, aunque se presenten con una frecuencia estadísticamente muy escasa¹¹⁹.

Pero además, en los casos en que el paciente se dirige al facultativo, no con la finalidad genérica de obtener la curación de una dolencia, sino con el objetivo de mejorar o modificar ciertos atributos, funciones o cualidades físicas –supuestos éstos habitualmente calificados como de “medicina satisfactiva”– el TS, que advierte que en tales supuestos ha de extremarse el deber de información dado que el paciente tiene mayor margen de libertad para rechazar la intervención¹²⁰, ha afirmado repetidamente que la obligación de información abarca *las posibilidades de que la intervención no comporte el resultado buscado*. Así, son numerosas las sentencias en las que se insiste en que la información médica debe comprender *tanto las posibilidades de fracaso de la intervención*¹²¹, como la posibilidad de que se produzcan riesgos, complicaciones o resultados adversos con independencia de su frecuencia¹²².

Pues bien, es evidente que el deber de informar sobre las posibilidades de fracaso de la intervención médica, es equiparable al *deber de advertir del riesgo de no consecución del resultado pretendido por el cliente* (consagrado en el DCFR y en la PMCC) al que aludíamos con anterioridad, deber que, aunque actualmente no venga impuesto expresamente en nuestro ordenamiento por una norma legal, resulta exigible conforme al principio de buena fe¹²³.

En consecuencia, si ante las declaraciones del paciente que acude a la consulta de un médico con el fin de obtener cierto objetivo -v. gr. esterilización; fecundación artificial; corrección de cierto defecto estético; eliminación de un defecto óptico, etc.-, el médico no le informa de la posibilidad de no obtener el resultado pretendido debido a la existencia de factores aleatorios que pueden

en el art. 8,2, como son las intervenciones quirúrgicas) hay que entender que iguales exigencias de información son necesarias para todo tipo de actuación médica. ARCOS VIEIRA, (2007), p. 108.

¹¹⁷ Vid. en este sentido GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 733 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, p. 168; GARCÍA RUBIO, (2006), pp. 808, 809.

¹¹⁸ Este es también el planteamiento asumido en el DCFR. El art. IV.C.-8:105 DCFR, señala en su párrafo segundo que ha de informarse al paciente de los riesgos que puedan *influir razonablemente en su decisión*, y especifica que se da tal situación cuando, de materializarse el riesgo, el paciente *sufiría un grave perjuicio*.

¹¹⁹ GUERRERO ZAPLANA, (2004), p. 91; GALÁN CORTÉS, (2016), pp. 727 y ss.; GARCIA RUBIO (2006), *ibídem*.

¹²⁰ SSTS, 1ª, 11.2.1997 (RJ 1997/940); 11.5.2001 (RJ 2001/6197); 21.10.2005 (RJ 2005/8547); 4.10.2006 (RJ 2006/6428); 23.5.2007 (RJ 2007/4667); 22.11.2007 (RJ 2007/8651). STS 20.1.2011 (RJ 2011/299).

¹²¹ SSTS 25.4.1994 (RJ 1994/3073); 11.2.1997 (RJ 1997/940); 11.5.2001 (RJ 2001/6197); 29.5.2003 (RJ 2003/3916); -por error la sentencia en Aranzadi se cataloga como de 29 mayo 1997- 21.10.2005 (RJ 2005/8547); 23.5.2007 (RJ 2007/4667); 22.11.2007 (RJ 2997/8651).

¹²² En relación con esto último suele observarse que ha de informarse de todos los posibles riesgos sin excepción a fin de evitar que se silencien riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención de necesidad relativa (entre otras, STS 21.10.2005, RJ 2005/8547-, 23.5.2007 -RJ 2007/4667-; 29.6.2007 -RJ 759/2007-)

¹²³ Se entiende que la buena fe impone a uno de los contratantes el deber de informar al otro sobre ciertas circunstancias cuando la información en cuestión cae bajo la esfera de control de un contratante, éste es consciente de la importancia que la misma tiene para la otra parte y esta última puede razonablemente confiar en resultar informada por aquélla. Por todos, BASOZÁBAL, (2009), pp. 683 y ss., 669-701; GÓMEZ CALLE, (1994), pp. 86 y ss.

impedirlo, el paciente podrá contar razonablemente con lograr dicho resultado, y deberá entenderse que el médico implícitamente se ha comprometido a su obtención.

Por lo que respecta al deber de informar sobre los posibles riesgos o secuelas del tratamiento, ésta es equiparable al *deber de advertir de la posibilidad de que la ejecución de la prestación "lesione otros intereses del cliente"* (art. IV.C.-2.102 DCFR¹²⁴, y art. 1583 PCS). En mi opinión, si el médico no informa al paciente de la posibilidad de que la intervención, aunque tenga resultado positivo, le ocasione ciertos daños colaterales o consecuencias indeseables, el paciente podrá razonablemente esperar una intervención libre de consecuencias dañosas. Esto implica que el paciente a quien no se haya informado de los posibles riesgos inherentes al tratamiento o intervención no podrá asumirlos como propios, por lo que dichos riesgos, por muy "fortuitos" que sean, habrán de considerarse integrados en la esfera de actividad del prestador del servicio médico¹²⁵. Así se deduce de la ya citada STS, 1ª, 21.10.2005 (RJ 2005/8547) -relativa a una acción de responsabilidad contractual ejercitada contra el médico que practicó un tratamiento dirigido a eliminar una cicatriz que obtuvo el resultado contrario- la cual afirma que, al no haberse informado a la paciente del previsible riesgo de aparición del queloides, se impidió a la paciente "asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa" (FJ 4º). También la STS, 1ª, 26.9.2000 (RJ 2000/8126), en un caso en que un paciente con leve sordera fue sometido a una operación que le produjo la pérdida total de audición, sostiene, sobre la base de que la relación se presentaba más bien como "contractual, al haber tenido la intervención en centro privado", que la falta de información sobre los riesgos y alternativas de la intervención, supuso que "el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente"¹²⁶.

Al respecto conviene observar que uno de los argumentos en que se apoya la "nueva" doctrina del TS para negar que en los supuestos de medicina satisfactiva pueda apreciarse existente una

¹²⁴ Ha de advertirse que, si bien en el capítulo dedicado al contrato de servicios médicos del DCFR se regula, como antes de indicó, el deber de información previo a la obtención del consentimiento al tratamiento, no se extraen consecuencias particulares del incumplimiento de dicho deber. El art. IV.C.-8:110, relativo a los "remedios por incumplimiento", se limita a remitirse a las reglas generales en caso de incumplimiento de cualquier obligación "prevista en un contrato de tratamiento".

¹²⁵ Recordemos, en este sentido, que en la actualidad se entiende que el deudor responde de todos los hechos, incluso fortuitos, que formen parte de su círculo de actividad, pudiendo exonerarse sólo si demuestra que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso es consecuencia de un hecho *ajeno* a dicho ámbito de control. PANTALEÓN, (1991), pp. 1060, 1067; MORALES, (2006 a), pp.51, 52; Díez-PICAZO, (2008) pp. 726 y ss.

Los riesgos inherentes al tratamiento, aunque puedan calificarse como "fortuitos" al ser posible su acaecimiento aunque se actúe con toda diligencia, son riesgos propios de la actividad médica que, por tanto, quedan dentro del ámbito de control del prestador de servicios médicos (a menos, como se ha dicho, que se trasladen al paciente que consiente contando con la adecuada información) y no pueden considerarse constitutivos de "caso fortuito" o "fuerza mayor". En este sentido GÓMEZ CALLE, (1998), p. 1744.

¹²⁶ La mencionada sentencia cita en su argumentación la STS, 1ª, 23.4.1992 (RJ 1992/3323), que, en un supuesto de responsabilidad *extracontractual*, acepta el criterio de la AP que había entendido que los demandados, al no haber informado convenientemente al paciente, asumieron los riesgos de la intervención por sí solos. En mi opinión cuando se trata de responsabilidad contractual la falta de información determina, claramente, la imposibilidad de transferir el riesgo al paciente y la asunción del mismo por el facultativo. No me parece, en cambio, que esta sea la solución más adecuada cuando se trata de responsabilidad *extracontractual*, si bien, como se ha dicho, la cuestión requiere un estudio detenido que excede del objeto de este trabajo.

obligación contractual de resultado es que cualquier intervención médica está sujeta a un componente aleatorio y *“los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía estética son los mismos que en cualquier otro tipo de cirugía”*¹²⁷. Ahora bien, aun reconociendo la veracidad de tal afirmación, tal circunstancia no impide apreciar la existencia de una obligación de resultado cuando, como se ha dicho, el médico no ha informado convenientemente al paciente de la existencia de factores aleatorios que pueden interferir en el éxito del tratamiento o intervención. Ni impide entender que ha habido un cumplimiento *“defectuoso”* de la prestación cuando se producen consecuencias dañosas de cuyo posible acaecimiento no se ha informado al paciente, pues el riesgo de tales daños (aunque sean *“fortuitos”* en el sentido de independientes de la diligencia del deudor), al no haber sido trasladado al paciente, formará parte de la esfera de actuación del deudor¹²⁸. Téngase en cuenta que, si bien suele afirmarse que el médico asume sólo una obligación de *“medios”* –por tanto sólo puede hablarse de incumplimiento o cumplimiento defectuoso si se prueba su negligencia– con ello se hace referencia al hecho de que el médico, como regla, no garantiza al paciente su curación, es decir, el interés primario consistente en la curación no forma parte del interés contractual que el prestador de servicios médicos debe satisfacer. Pero para que pueda considerarse que tampoco forma parte del interés cubierto por el contrato el hecho de no sufrir daños o consecuencias lesivas añadidas (esto es, el denominado *“interés de integridad”*¹²⁹) creo que es indispensable que se suministre al paciente la adecuada información.

En relación con lo indicado debe tenerse en cuenta, además, que cuando se trata de determinado tipo de intervenciones frecuentes en la medicina privada (que pueden tener, finalidad terapéutica o no, pero que habitualmente no son indispensables para la salud y por ello no siempre están cubiertas por la sanidad pública, v. gr. cirugía estética, reparadora, eliminación de defectos ópticos, fertilización, esterilización, implantes dentales, capilares, etc.) la forma en que dichos servicios se ofrecen en el mercado puede inducir al paciente a pensar que se trata de técnicas

¹²⁷ Así SSTS, 1ª, 20.11.2009 (RJ 778/2009) 27.9.2010 (RJ 583/2010), 28.6.2013 (RJ 463/2013).

¹²⁸ Como antes se ha dicho, la doctrina observa que los deberes precontractuales de advertencia en el contrato de servicios, tienen una función de transferencia del riesgo de no consecución del resultado, o de no consecución del mismo en los términos pactados [ALONSO PÉREZ (2012) pp. 12, 13] indicándose que el incumplimiento de tales obligaciones de advertencia permitirá al cliente instar cualquiera de los remedios previstos para el incumplimiento del contrato, ya que el prestador del servicio quedará obligado a todo lo que la otra parte haya podido razonablemente esperar como consecuencia de la ausencia o defecto de la información [BARRÓN ARCNICHES (2014), pp. 885, 987].

Esta función de transferencia del *“riesgo”* aludido se aprecia claramente en el texto del art. 582-8 de la ya mencionada Propuesta de Código Civil elaborada por la APDC. Según este precepto, si el prestador informa al *“principal”* sobre la posibilidad de que no se obtenga el resultado perseguido, éste último *“no puede alegar falta de conformidad por la no obtención del resultado”*. Si el prestador le informa de la posibilidad de que la ejecución de la prestación perjudique otros intereses, el *“principal”* no podrá luego alegar falta de conformidad. La falta de información de una y otra circunstancia, si luego éstas se materializan, determinará, por consiguiente, que haya cumplimiento defectuoso o falta de conformidad.

¹²⁹ MORALES, 2010, p. 88. Como explica el mencionado autor en otra obra posterior [MORALES (2013), pp 416, 417], el interés protegido por el contrato abarca el interés en obtener la ventaja que puede derivarse de su cumplimiento pero también *el interés en no sufrir daños en otros bienes personales o patrimoniales*, con ocasión del desarrollo o ejecución del contrato.

sencillas, seguras y con resultado garantizado¹³⁰. De ahí la relevancia, desde el punto de vista de la configuración de la prestación debida por el prestador del servicio médico, de su deber de informar de las posibilidades de fracaso de la intervención y de los riesgos asociados a la misma. Pues si el facultativo no informa al paciente de tales extremos cuando acude a su consulta demandando cierto tratamiento o intervención, este último podrá entender que el médico le está garantizando el resultado perseguido¹³¹ y/o que la intervención es segura y carente de riesgos.

Cuestión distinta será, que de la publicidad referida a los particulares servicios prestados por el concreto facultativo o clínica contratados, quepa deducir la garantía de cierto resultado¹³². En tal caso el prestador del servicio médico quedará vinculado a la obtención de tal resultado por aplicación del art 61 TRLC (con anterioridad art. 8 LCU 1984)¹³³, a menos que haya advertido de lo contrario al cliente en el momento de la celebración del contrato y éste lo haya aceptado¹³⁴. Una situación de este tipo se planteó en la ya citada STS, 1ª, 4.10.2006 (RJ 993/2006) relativa a un implante capilar que, no sólo no produjo el resultado esperado, sino que además provocó lesiones dermatológicas crónicas al demandante. Éste ejercitó una acción de responsabilidad contractual contra la clínica demandada y extracontractual contra los médicos que le atendieron. El TS no analiza la responsabilidad de los médicos (que se presupone actuaron negligentemente) limitándose a decir que no cabe nueva valoración probatoria de los hechos en casación. Pero, respecto de la clínica capilar (a la que se había condenado a restituir el precio cobrado y a indemnizar –solidariamente con los médicos demandados– los daños padecidos por el actor) basa su condena en la campaña publicitaria difundida por dicha entidad en relación con el art. 8 LCU, y afirma que “lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro” vino a

¹³⁰ PARRA SEPÚLVEDA (2014), p. 150. Es notorio, por ejemplo, que, como advierte MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (1997) p. 204, en este ámbito “ha proliferado una publicidad agresiva para la captación de pacientes a los que lógicamente se les incita a la obtención de resultados en todo caso favorables y conforme a las expectativas de los que sufren tal bombardeo propagandístico”. (El subrayado es mío).

¹³¹ Vid. DE ÁNGEL YACÜEZ, (2006), p. 448, quien, pese a manifestar sus reparos sobre la doctrina jurisprudencial que entiende que en la medicina voluntaria el profesional sanitario asume una obligación de resultado, se muestra a favor “de una aplicación estricta del concepto de obligación de resultado” en los casos en que las empresas de servicios médicos formulan sus ofertas de modo que “pueden conducir a la convicción, por parte de los posibles clientes, de que, efectivamente, se garantizan ciertos resultados”.

¹³² Como señala CABANILLAS (2014), p. 188, en el ámbito de la cirugía estética “se advierte la existencia de una publicidad que da a entender que se garantiza el resultado, de tal manera que es razonable entender que estas comunicaciones publicitarias susciten la razonable confianza, de acuerdo con la buena fe, como para formar parte integrante del contenido del contrato celebrado (arts. 1258 C.c. y 61,2 TRLC)”.

¹³³ No hace falta decir que cuando se trata de prestación de servicios médicos el cliente tiene siempre la condición de consumidor, pues es, por definición, una persona “que actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional” (art. 3 TRLC). Por otra parte, el prestador del servicio médico –sea persona física o jurídica–, siempre que no desarrolle su actividad como asalariado, queda incluido en la noción de “empresario” del art. 4 TRLC [Por todos, BERCOVITZ, (2015), pp. 71, 72].

¹³⁴ Recordemos que, de acuerdo con el citado precepto, los contenidos incluidos en la “oferta, promoción o publicidad”, son exigibles por los consumidores aun cuando no se hayan hecho constar expresamente en el contrato celebrado. Se entiende que una posible declaración divergente incluida en el contrato celebrado sólo podrá tener eficacia si se demuestra que ha sido producto de una verdadera negociación, pesando sobre el empresario la carga de probar el carácter negociado de la modificación y su conocimiento anterior a la celebración del contrato. Sobre ello, SANTOS MORÓN, (1999), pp. 139 y ss. LÓPEZ MAZA Y GARCÍA VICENTE, (2015), pp. 870 y ss.

“garantizar el resultado comprometido”.

4.3. Recapitulación

Recapitulando lo expuesto cabe concluir que, cuando existe una relación contractual entre quien presta el servicio médico¹³⁵ y el paciente (o cliente), el deber de información previo a la obtención del consentimiento “informado”, que en nuestro ordenamiento viene impuesto legalmente para todo tipo de prestación sanitaria¹³⁶, tiene una doble virtualidad.

En primer lugar, *la información sobre los riesgos para la salud o integridad física del paciente* que el tratamiento o intervención puede acarrear, opera como mecanismo de traslación a éste de los posibles daños aleatorios derivados de la actividad médica. En principio, y de acuerdo con la forma en que actualmente se concibe la responsabilidad contractual, el deudor responde de todos los impedimentos o hechos lesivos para el acreedor que formen parte de su esfera de actividad, incluso aunque no hay actuado de manera negligente. Es decir, responde de los daños, incluso fortuitos, que sean materialización de riesgos propios de su actividad. Si trasladamos esta idea a la prestación de servicios médicos, hay que concluir que el proveedor del servicio deberá responder de los daños que sean consecuencia de riesgos *típicos o inherentes* al tratamiento o intervención que lleve a cabo, por muy fortuitos que sean¹³⁷. Tales riesgos forman parte de su actividad ordinaria, y no pueden ser calificados como “hechos ajenos a su ámbito de control” a efectos de exoneración de responsabilidad (art. 1105 C.c.)¹³⁸. Ahora bien, si el médico informa al paciente de la posibilidad de que el tratamiento o intervención de que se trate produzca ciertos daños o secuelas inevitables aun empleando la máxima diligencia, y el paciente, no obstante, acepta la prestación médica en dichos términos, es evidente que estará asumiendo el riesgo de

¹³⁵ El “prestador del servicio” médico, esto es, la parte contractual, puede ser el propio médico que ejecuta la prestación o la clínica u entidad hospitalaria en la que aquél presta sus servicios. No obstante, el hecho de que el deber de información sea o deba ser cumplido por los facultativos empleados o contratados por la institución sanitaria (esto es, por los auxiliares del “deudor” de la prestación) no impide que la información suministrada tenga relevancia a la hora de delimitar el contenido de la prestación a la que se obliga el deudor.

Más dudosa es, sin embargo, la influencia de las declaraciones del médico que lleva a cabo la prestación en la relación contractual que pueda existir entre el paciente y la compañía de seguros con la que ha contratado una póliza de asistencia sanitaria. Pero la problemática existente cuando la prestación médica se enmarca en una póliza de seguro médico requiere, como se dijo al comienzo, un estudio independiente que excede del objeto de este trabajo.

¹³⁶ Y que también incluye, como se ha visto, el DCFR, entre las obligaciones contractuales que pesan sobre el prestador de servicios médicos, aunque no regula específicamente las consecuencias de su incumplimiento.

¹³⁷ Conviene advertir que, cuando en el texto se utiliza el término “fortuito” referido al riesgo de daño derivado del tratamiento médico, se alude a su carácter aleatorio e independiente de la diligencia del deudor. No se está haciendo referencia a daños de carácter excepcional que no son consecuencia previsible del tratamiento médico (no serían, por tanto, riesgos “típicos” o “inherentes” al mismo) y sobre los que en principio no habría obligación ni posibilidad de informar. En este último caso habría que valorar si el daño es consecuencia de un hecho que pueda ser calificado como “caso fortuito” o “fuerza mayor” (acontecimiento imprevisible e inevitable ajeno al ámbito de control del deudor) a efectos de posible exoneración del prestador del servicio.

¹³⁸ En este sentido GÓMEZ CALLE, (1998), p. 1744.

daño, que no podrá ser imputado al prestador del servicio sanitario¹³⁹. Y por lo tanto no cabrá hablar de “cumplimiento defectuoso” a menos que se pruebe la negligencia en la ejecución del tratamiento o intervención.

Lo indicado resulta aplicable en todo caso de prestación médica contractual, *con independencia de que tenga finalidad estrictamente terapéutica o persiga satisfacer intereses que van más allá de lo meramente terapéutico* (y supongan la mejora del aspecto estético o la calidad de vida del paciente, la modificación de una función física, etc.) es decir, con independencia de que se trate de un supuesto catalogado habitualmente como medicina “necesaria o curativa” o como “voluntaria o satisfactiva”. Esto implica que, cuando en el marco de un contrato de servicios médicos, se incumple el deber de informar adecuadamente sobre los riesgos típicos del tratamiento o intervención, el daño sufrido por el paciente como consecuencia de la materialización de tal riesgo es directamente imputable al prestador del servicio, que deberá responder contractualmente del mismo. Y en esta hipótesis, entiendo que el prestador del servicio médico¹⁴⁰ deberá responder *de la totalidad del daño sufrido por la víctima*. En la medida que estamos ante una cuestión de asignación de riesgos contractuales (es decir, se trata, simplemente, de determinar a qué parte contratante cabe asignar el riesgo que se ha materializado de acuerdo con lo indicado con anterioridad) creo que no procede aquí entrar a valorar la relación de causalidad *entre la omisión de la información y el daño producido*¹⁴¹, ni aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad para minorar la cuantía de la indemnización, como puede suceder cuando se trata de responsabilidad extracontractual de acuerdo con algunas sentencias recientes. Es comprensible por ello que, en casos en que el demandante ha ejercitado una acción de responsabilidad contractual contra el médico que llevó a cabo una intervención de cirugía estética o satisfactiva, y la condena se sustenta en el hecho de no haber informado al paciente sobre el riesgo finalmente acaecido, no se entre a examinar la relación causal y se condene a indemnizar la totalidad del daño sufrido. Así ocurre en la citada STS, 1ª 21.10.2005 (RJ 2005/8547), en que la paciente se sometió a un tratamiento por láser quirúrgico para hacer desaparecer ciertas cicatrices que, sin embargo, provocó un agravamiento de su situación derivado de la aparición de un queloides, riesgo del que no había sido informada. O en la STS, 1ª, 22.7.2003 (RJ 2003/5391) en la que la paciente acudió al médico para una mejora del aspecto estético de sus senos, pero obtuvo el

¹³⁹ Me parece relevante, a estos efectos, la apreciación que realiza BARROS, (2009), pp. 185 y ss., cuando, al indicar que el deudor asume el riesgo de los obstáculos al cumplimiento localizados en su esfera de control, quedando obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido, advierte que *esa esfera de control se determina “normativamente” atendiendo al tipo de contrato celebrado*. Es decir, los riesgos que deben considerarse integrados en el círculo de control del deudor dependen de cómo se haya configurado el contrato porque conviene recordar, nuevamente, que el contrato es un “instrumento jurídico a través del cual los contratantes reparten los riesgos que acotan a través de él”. Así, MORALES, (2009), p. 205.

¹⁴⁰ Me refiero a la parte contractual, que será, según los casos, el propio médico o la clínica o instalación hospitalaria con la que se celebró el contrato. En este último caso la acción contra el médico particularmente considerado debería sustentarse en las reglas de la responsabilidad extracontractual, por lo que lo aquí afirmado sería aplicable en relación con la acción ejercitada frente a la entidad sanitaria.

¹⁴¹ Es decir, entiendo que no hay que comprobar si, en caso de haber sido correctamente informado, el paciente se habría o no sometido igualmente a la intervención. Pero obviamente deberá existir relación de causalidad entre la actividad médica desarrollada y el daño sufrido por el paciente.

resultado opuesto al aumentar las cicatrices que la afectaban¹⁴². La relación que existe entre la información médica y el contenido de la prestación asumida por el facultativo, se pone particularmente de manifiesto en esta última sentencia. En este caso no se informó a la paciente sobre los riesgos de que la operación de mamas a la que iba a someterse. Así, al declarar infringido el deber de información médica, señala la sentencia que “el resultado de la operación no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que la afectaban y presentarse antiestéticas” (FJ 1º).

En segundo lugar, y por lo que respecta a *la información relativa a las posibilidades de fracaso o éxito del tratamiento o intervención*, el TS ha afirmado habitualmente que el deber de información médica comprende este extremo en relación con supuestos de medicina satisfactiva. Sin embargo, parece evidente que dicho deber entra en juego igualmente en los casos de medicina terapéutica - y con independencia de que haya o no relación contractual entre las partes- pues si bien no resulta necesario que el facultativo advierta al paciente de que el tratamiento médico (v. gr. la quimioterapia prescrita en caso de cáncer) puede no llegar a curar su dolencia o enfermedad, sí debe informarle, especialmente en caso de intervenciones quirúrgicas que conllevan graves riesgos, de las posibilidades de éxito o mejoría para su salud que aquellas pueden conllevar. Y ello porque de otro modo difícilmente el paciente podrá valorar la relación riesgo/beneficio de la intervención a fin de decidir si se somete o no a la misma.

Ahora bien, es en el supuesto en que el paciente entabla una relación contractual con un médico o clínica privadas con el fin de obtener un objetivo específico que excede de lo indispensable para la salud -pero que puede, no obstante, tanto tener cierta finalidad terapéutica (v. gr. eliminación de defectos ópticos; cirugía maxilofaxial; cirugía plástica o reconstructiva) como carecer de ella (cirugía puramente estética o de embellecimiento; esterilización no indicada terapéuticamente¹⁴³; corrección de defectos dentales estéticos; implantes capilares...)- cuando adquiere mayor relevancia el mencionado deber de informar sobre las posibilidades de éxito de la intervención. Porque si el médico no informa al paciente que acude a su consulta de que el resultado que pretende obtener no puede ser clínicamente garantizado y hay posibilidades de que la intervención sea infructuosa, el paciente o cliente confiará en que el facultativo se está comprometiendo a obtener el resultado deseado (y ello con independencia de que, en su caso, se le informe de la posible existencia de efectos colaterales o secuelas).

Así, por ejemplo, me parece evidente que, si el paciente que desea someterse a una vasectomía con el fin de poder mantener relaciones sexuales sin riesgo de embarazo, no es informado de que

¹⁴² Cabe citar también, aunque no es claro que la argumentación se base en el hecho de que la acción ejercitada es de carácter contractual, la STS, 1ª, 2.7.2002 (RJ 2002/5514). Esta sentencia condena al médico que llevó a cabo una operación de vasectomía a consecuencia de la cual el paciente perdió un testículo, por no haberle informado adecuadamente de los riesgos de la intervención. El recurrente invocó la vulneración de los arts. 1101 a 1105 C.c., “y en su caso de los arts. 1902 y 1903 C.c.” así como del art. 10 LGS por inadecuada información. La sentencia afirma que no se plantea un problema de “si se da o no una relación de causalidad” “entre una desinformación negligente y el resultado dañoso producido, sino si la información recibida fue la debida para prestar el consentimiento o conformidad a la intervención”, añadiendo que “para que el consentimiento del usuario sea eficaz, es preciso que sea un consentimiento que se preste con conocimiento de causa”.

¹⁴³ Por ejemplo para evitar nuevas cesáreas que pueden poner en riesgo la salud de la madre.

la misma no siempre conlleva la plena esterilización¹⁴⁴, confiará en que la correcta realización de la intervención traerá consigo el objetivo esperado y entenderá que el médico se está comprometiendo a obtener dicho resultado. Por consiguiente, si el resultado no se obtiene, podrá alegar la existencia de incumplimiento contractual sin necesidad de probar la negligencia del médico que ejecutó la prestación.

Merece la pena destacar, en este sentido, el supuesto resuelto la STS 26.4.2007 (RJ 2007/3176), en el que el paciente se sometió a una operación dirigida a eliminar la curvatura del pene que solo consiguió (pese a llevarse a cabo dos intervenciones consecutivas) alterar la dirección de la incurvación. Esta sentencia, que condena al demandado por no obtención del resultado prometido, indica expresamente que la intervención “no se presentaba como una actuación técnica dificultosa de alcanzar”, y se “ofertó como un resultado positivo definitivo” (FJ 2º), no habiendo advertido el facultativo al paciente “de la posibilidad de que no se obtuviera el resultado perseguido, es decir, la desaparición de la incurvación” (FJ 3º). Es decir, de esta resolución se desprende claramente que el “aseguramiento” del resultado por parte del demandado fue consecuencia de la ausencia de información sobre la posibilidad de no obtención del objetivo pretendido por el paciente.

En conclusión, pues, el deber del médico de informar a) sobre los riesgos inherentes al tratamiento o intervención y b) sobre las posibilidades de éxito o fracaso de la misma, en la medida que incide en las expectativas que el cliente puede forjarse sobre el resultado de la actuación médica, delimita el contenido de la obligación contractual asumida por el prestador del servicio médico. Así, si se materializan riesgos inherentes al tratamiento de los que no se ha informado al paciente, tales riesgos serán imputables a la esfera de actuación del prestador del servicio, que deberá responder contractualmente del daño producido. En otros términos, podrá entenderse que se está ante un “cumplimiento defectuoso” de la prestación. Si no se obtiene el resultado que el paciente legítimamente puede esperar, porque no se le ha informado de que la intervención a la que va a someterse puede no tener éxito, -lo cual es de especial importancia en los casos en que el paciente persigue un objetivo concreto que va más allá de la curación de una dolencia o enfermedad- habrá igualmente incumplimiento contractual.

5. Remedios en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestador de servicios médicos.

Conviene ahora analizar cuáles son los remedios con que cuenta el acreedor cuando el prestador de servicios médicos incumple su prestación. Hay incumplimiento cuando el médico o facultativo lleva a cabo de manera incorrecta o contraria a la *lex artis* el tratamiento o intervención de que se trate. Este es el ejemplo típico de actuación médica generadora de responsabilidad, que requiere, tanto contractual como extracontractualmente, la prueba de la negligencia. Aunque lo habitual es que la víctima pretenda obtener una indemnización, lo cierto es que, si la acción se sustenta en la existencia de un incumplimiento contractual (lo cual no es muy frecuente porque

¹⁴⁴ Porque hay cierto riesgo de recanalización espontánea de los conductos que exige la práctica de controles para comprobar la ausencia de semen.

las víctimas suelen apoyarse en las reglas de la responsabilidad aquiliana) puede, teóricamente, acudir a cualquiera de los remedios previstos para el incumplimiento, con independencia de que unos puedan interesar al perjudicado más que otros.

No obstante, aquí nos interesa, en particular, centrarnos en el incumplimiento consistente en la no obtención del resultado que el paciente podía legítimamente esperar, de acuerdo con lo explicado con anterioridad, y en el consistente en la producción de secuelas o lesiones inherentes al tratamiento pero con las que el paciente no podía contar. En tales casos la constatación del incumplimiento (pese a lo que parece deducirse de la doctrina del TS reseñada con anterioridad) no requiere la prueba de la negligencia en la ejecución de la prestación. Es cierto que la infracción del deber de informar adecuadamente al paciente supone una vulneración de la *lex artis* y por tanto un comportamiento negligente. Pero lo que aquí se mantiene es que el incumplimiento de ese deber *precontractual* (equiparable al deber de “advertencia” del prestador del servicio consagrado en el DCFR y la PCS) conlleva la asignación al deudor de la prestación médica de los riesgos propios de su actividad (que pueden provocar el fracaso de la intervención, ocasionar al acreedor daños inesperados o ambas cosas simultáneamente). Y ello significa que la no obtención del resultado que legítimamente podía esperar el paciente o la materialización de daños que, por el contrario, no podía esperar, supone un incumplimiento contractual sin necesidad de entrar a valorar la diligencia en la ejecución del tratamiento o intervención objeto del contrato de servicios médicos.

El Código civil, como es sabido, no ofrece un sistema articulado de remedios para el incumplimiento, sistema que, sin embargo, sí proporciona la Propuesta de Modernización del C.c. en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión de Codificación (PMCC) tomando como base las distintas propuestas de unificación del Derecho privado¹⁴⁵. No obstante, es

¹⁴⁵ El art. 1190 PMCC, enuncia los remedios con que cuenta el acreedor: exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, además, como remedio compatible con los anteriores, la indemnización de daños y perjuicios. El citado artículo no alude a la posibilidad del acreedor de suspender el cumplimiento de su propia prestación, pero se contempla en el art. 1191. No se establece ningún orden de preferencia entre los distintos remedios, si bien es necesario que se cumplan los requisitos de cada uno de ellos que no son idénticos [Vid. FENOY (2011), pp. 1489 y ss.; 1493 y ss.; GÓMEZ CALLE, (2012), pp. 43 y ss.].

En el DCFR (capítulo 3 del Libro III) los remedios para el incumplimiento son los mismos, si bien se regula específicamente la subsanación del cumplimiento no conforme [GÓMEZ CALLE (2012) p. 44]. El cumplimiento específico incluye el remedio de la subsanación de la falta de conformidad (art. III.-3:302, 2) pero la subsanación del cumplimiento no conforme se configura también en el DCFR como un derecho del deudor dentro de ciertos límites (art. III.-3:202). En la PMCC la subsanación de la prestación defectuosa o no conforme queda embebida dentro de la acción de cumplimiento, toda vez que ésta comprende, según el art. 1193, “la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado”. Pero no se regula como un derecho del deudor, cosa que, según FENOY (2011) p. 1560, sería deseable.

El art. 518-3 de la Propuesta de C.c. de la APDC, por último, contiene también una enumeración de los remedios frente al incumplimiento: acción de cumplimiento, suspensión del propio cumplimiento, reducción del precio o resolución, compatibles todos ellos con la exigencia de indemnización. Con posterioridad se regulan los requisitos exigibles para los distintos remedios (v. gr. art. 518-6; 518-12; 518-13).

comúnmente admitido que el acreedor insatisfecho tiene a su disposición¹⁴⁶: a) la acción de cumplimiento –que puede ejercitarse siempre que el cumplimiento sea posible y con independencia de que el incumplimiento sea o no imputable al deudor¹⁴⁷–; b) la resolución de la obligación –que puede ejercitarse, igualmente, aunque el incumplimiento no sea imputable al deudor, y siempre que el mismo sea grave -o esencial-, conforme a lo exigido por el TS¹⁴⁸–, y c) la indemnización de daños y perjuicios, remedio éste último que puede ejercitarse junto con cualquiera de los anteriores (que son excluyentes entre sí) o ejercitarse de modo independiente. La indemnización de daños y perjuicios sí requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, pero, como ya se ha indicado repetidamente con anterioridad, se entiende en la actualidad que el incumplimiento es imputable al deudor salvo que demuestre que se debe a un hecho imprevisible e inevitable ajeno a su ámbito de control.

Cuando el acreedor lesionado no ha ejecutado todavía su obligación, puede acudir, asimismo, a la excepción de contrato no cumplido o a la excepción de cumplimiento para retener la propia prestación¹⁴⁹. Por otra parte, conviene advertir que cuando se trata de cumplimiento defectuoso, y aunque ello no esté previsto expresamente en el Cc. o la LEC, se entiende que la acción de cumplimiento está dirigida a la subsanación del carácter defectuoso, bien mediante la reparación o la sustitución de la prestación¹⁵⁰. Por último, aunque la reducción del precio no está prevista como un remedio de carácter general (sólo se regula en relación con la compraventa de cosas con vicios ocultos) se admite, igualmente, la posibilidad de hacer uso de esta facultad, si bien debe evitarse equipararla a indemnización del menor valor de la prestación¹⁵¹.

Teniendo en cuenta el elenco de remedios disponibles para el acreedor en caso de incumplimiento del deudor, cabe preguntarse cuáles de los indicados pueden ser útiles al paciente que se ha sometido a una intervención que, bien no ha obtenido el resultado pactado (expresa o tácitamente de acuerdo con lo hasta ahora indicado), bien (aun habiéndose obtenido

¹⁴⁶ Una enumeración de los remedios usualmente admitidos frente al incumplimiento, puede verse en CARRASCO (2010), p. 1047; GÓMEZ POMAR, (2007), p. 13 (que añade a los aquí mencionados la pena convencional).

¹⁴⁷ PANTALEÓN, (1991), p. 1046; (1993) pp. 1729,1730; Díez-PICAZO, (2008) p. 776. Se ha dicho, en este sentido, que el cumplimiento específico aparece como un derecho del acreedor que no “reconoce más límite que el de la imposibilidad de la ejecución”. No obstante, la doctrina ha advertido que la buena fe puede operar también como límite [SEVERÍN, (2014), pág. 542]. De hecho, en la PMCC, como ya se indicó, se establecen como excepciones a la pretensión de cumplimiento, además del carácter personal de la prestación, que el cumplimiento o la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor y que la pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. Las dos últimas excepciones se contemplan también en el art. 518-6 de la Propuesta de C.c. de la APDC.

¹⁴⁸ PANTALEÓN (1991), p. 1731; (1993), pp. 1047, 1048; Díez-PICAZO (2008) pp. 821-828; 834; CLEMENTE MEORO, (2009), pp. 10 y ss.; (2016) pp. 226 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, (2010), pp. 1248, 1249; GONZALEZ PACANOWSKA (2013) pp. 8219 y ss.

¹⁴⁹ Por todos, Díez-PICAZO (2008), pp. 804 y ss.

¹⁵⁰ Díez-PICAZO, (2008), pág. 775. CARRASCO (2010), p. 24, incluye ambas modalidades dentro de las formas de cumplimiento específico.

¹⁵¹ En este sentido ASÚA, (2013), pp. 8062, 8063, 8106, quien advierte que la acción de reducción toma como parámetro la proporción existente en el mercado entre el precio de la prestación conforme al contrato y la no conforme, y no el precio pactado.

dicho resultado) le ha provocado unos daños que no había aceptado como riesgos propios de la intervención.

5.1. No obtención del resultado pactado o que cabía esperar.

En la jurisprudencia examinada encontramos ejemplos claros de esta situación. Así, son casos de no consecución del resultado para cuya obtención el paciente se somete a la intervención los de la STS, 1ª, 28.6.1999 (RJ 1999/4894), relativa a un tratamiento dental llevado a cabo durante 9 años que no consigue rehabilitar la dentadura del paciente, en la que se condena al odontólogo a indemnizar daños materiales y morales por falta de consecución del resultado¹⁵²; la STS, 1ª, 11.12.2001 (RJ 2002/2711), referida a una doble intervención de cirugía maxilofacial para eliminar la protusión maxilar superior sin éxito alguno, en la que igualmente se condena al facultativo por incumplimiento de su obligación¹⁵³ o la de 12.3.2009 (RJ 2008/4045), en la que el demandado se había comprometido a reponer la masa ósea del maxilar superior izquierdo del paciente y colocarle varias piezas dentarias, resultado que no se obtuvo¹⁵⁴. Cabe mencionar, asimismo, la ya citada STS, 1ª, 26.4.2007 (RJ 2007/3176) relativa a una operación para eliminar la curvatura del pene que no obtiene el objetivo perseguido; así como los supuestos de vasectomía sin resultado de esterilización, en los que, no obstante, la condena del médico se basa en que no se informó al paciente de esa posibilidad¹⁵⁵.

Se trata de supuestos en los que no se obtiene el resultado que el paciente podía esperar de acuerdo con las expectativas usuales del usuario y la inexistencia de información acerca de la posibilidad de fracaso de la intervención. Hay también casos en que, además de no obtenerse el resultado esperado por el paciente, se le provocan lesiones añadidas que empeoran, si cabe, la situación inicial, como sucede en el supuesto resuelto por de la STS 4.10.2006 (RJ 2006/6428) relativa a un implante capilar fallido que provocó además lesiones dermatológicas crónicas en el paciente¹⁵⁶; o la STS de 22.6.2004 (RJ 2004/3958) en la que una paciente que se sometió a una

¹⁵² Respecto de la condena a indemnizar la sentencia contiene una afirmación algo confusa pues indica que “la responsabilidad consistirá en el presente caso en el cumplimiento por equivalencia, *id quod interest*, que comprende la indemnización de daños materiales y morales” (FJ 3º).

¹⁵³ Recordemos que aquí la acción parece basarse en las reglas de la responsabilidad extracontractual (en el recurso se cita como infringido el art. 1902 C.c.) pero el TS argumenta en sede contractual aludiendo al incumplimiento de la obligación de resultado que correspondía al facultativo.

¹⁵⁴ En esta sentencia, pese a mantenerse la “nueva” doctrina jurisprudencial sobre inexistencia de obligación de resultado en la actividad médica, se concluye que hubo aseguramiento del resultado.

¹⁵⁵ SSTS, 1ª 25.4.1994 (RJ 1994/3073); 7.4.2004 (RJ 2004/2608) Debe advertirse que en estas sentencias la condena a indemnizar daños y perjuicios se basa en el mero incumplimiento del deber de información, pero no se reconduce el incumplimiento de ese deber a la asunción de una obligación de resultado, que es lo que aquí se mantiene. Y ello pese a que en el segundo caso se indica que los médicos manifestaron al recurrente que “después de la operación nunca podría volver a ser padre”.

¹⁵⁶ En esta sentencia se entendió que el aseguramiento del resultado se desprendía de la publicidad. Se había ejercitado acción, por incumplimiento contractual, contra la clínica demandada, y de responsabilidad extracontractual frente a los médicos también demandados. La sentencia recurrida, confirmada por el TS, condenó a la clínica codemandada a restituir al actor al precio abonado y a ésta y a los médicos codemandados a indemnizar a la víctima los daños sufridos.

operación de reducción de mamas, no sólo no obtuvo la deseada reducción sino que se le produjo una necrosis con pérdida total de la zona aureola-pezón en la mama intervenida^{157 158}.

En cualquier caso, lo que ahora procede analizar es cuáles son los remedios que tendría a su disposición el paciente insatisfecho si articula la demanda sobre la base del incumplimiento de un contrato de servicios en cuya virtud el facultativo asumió una obligación de resultado:

i) En tal caso la *acción de cumplimiento*¹⁵⁹ estará dirigida a obtener la rectificación o corrección de la prestación ejecutada lo que, en el ámbito que nos movemos, supone una nueva intervención médica (obviamente sin coste para el acreedor insatisfecho) dirigida a reparar los defectos de la anterior actuación, siempre y cuando, como es lógico, tal reparación sea factible. Cabe la posibilidad de que el paciente reclame extrajudicialmente y el prestador del servicio médico lleve a cabo a su costa una nueva intervención. Pero si la acción se ejercita judicialmente, conviene recordar que la misma, en principio, sólo permite obtener una sentencia que condene al deudor al cumplimiento específico. Y en el supuesto en que éste no la cumpla voluntariamente el acreedor podrá pedir al juez, *en vía de ejecución*, que mande ejecutar la obligación a costa del deudor (art. 1098,1 C.c.), si no se trata de una obligación de carácter infungible o personalísimo¹⁶⁰. Lo indicado es relevante porque cabe pensar que el paciente que se ha sometido a una intervención médica infructuosa puede haber perdido la confianza en el médico que inicialmente llevó a cabo la prestación (especialmente en aquellos casos en que, tras una segunda intervención el mal resultado subsiste) y pueda interesarle que la rectificación se lleve a cabo a través de otro

¹⁵⁷ Ha de advertirse que en esta resolución, aunque se habla de “resultado verdaderamente catastrófico” por no reducirse la mama intervenida y además producirse graves secuelas (FJ 5º), la condena no se basa en la no consecución del resultado esperado sino en el incumplimiento del deber de información.

¹⁵⁸ Cabría mencionar también el supuesto resuelto por STS, 1ª, 2. 12.1997 (RJ 1997/8964), en el que una menor se sometió a una operación de alargamiento de tibias que provocó un alargamiento menor en una pierna que en otra y graves lesiones en rodillas y pie que le ocasionaron graves dificultades para caminar. Ocurre, sin embargo, que en realidad en este caso no existía contrato de servicios médicos ya que la prestación sanitaria fue llevada a cabo por la Sanidad pública. De hecho los demandantes ejercitaron una acción de responsabilidad extracontractual contra el hospital (dependiente del INSALUD) en el que se llevó a cabo la intervención y el propio INSALUD. Pese a ello el TS consideró que la obligación médica era de “resultado”, lo cual es ciertamente discutible. Se dice así que “el deudor de la obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado” y que “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” (FJ 3º).

¹⁵⁹ En el Derecho actual no se excluye la posibilidad de reclamar el cumplimiento en forma específica cuando la obligación incumplida es de carácter personal. Incluso cuando se trata de un “hacer personalísimo”, la LEC admite la ejecución forzosa de la prestación (art. 709), si bien mediante un procedimiento distinto al supuesto en que la prestación de hacer tiene carácter fungible (art. 706). Ha de advertirse que la PMCC, en cambio, contempla como excepción a la acción de cumplimiento el hecho de que la prestación “sea personal del deudor” (art. 1192,2, 4º). Aunque dicha excepción está expresada en términos excesivamente amplios [GÓMEZ CALLE (2012) pág. 55] debe entenderse referida a los supuestos en que la prestación de hacer es personalísima [FENOY (2011) 1532 y ss.]. En el DCFR, para que no proceda la acción de cumplimiento se exige que el cumplimiento “sea de un carácter tan personal que resultaría irrazonable exigir forzosamente su realización” (art. III.-3.302, 3, c).

¹⁶⁰ SEVERÍN (2014), pp. 552 y ss. He de advertir que, en mi opinión, la prestación de servicios médicos, salvo en casos excepcionales de intervenciones de extrema complejidad o novedad que requieran unos especiales conocimientos o aptitudes, es de carácter fungible.

facultativo¹⁶¹. El problema es que, desde la perspectiva procesal, no parece posible que el acreedor insatisfecho pueda solicitar al juez, directamente -esto es, sin que exista un previo incumplimiento de la sentencia de condena por parte del deudor- que la reparación sea llevada a cabo por un tercero a costa del obligado¹⁶².

Se cuestiona incluso que el acreedor pueda contratar directamente a un tercero para que realice la prestación incumplida (o defectuosamente cumplida) y reclame posteriormente el coste al deudor incumplidor¹⁶³. Lo cierto es sin embargo, que en la práctica se observan casos en que, ante una defectuosa intervención médica el paciente acude a otro especialista a fin de que obtenga el resultado inicialmente buscado y/o subsane el daño sufrido por el paciente, de modo que, con posterioridad, cuando reclama la indemnización de los daños sufridos, incluye como partida indemnizable el coste de la operación a que se ha debido someter con objeto de reparar el mal resultado de la intervención inicial¹⁶⁴.

En mi opinión, ello es perfectamente admisible dado que a la hora de fijar los conceptos que forman parte del daño resarcible derivado del incumplimiento suelen incluirse, dentro del daño emergente, “los costos de reparación o reposición” que, como indica DÍEZ-PICAZO, se aplican “notoriamente en el caso de prestación defectuosa”¹⁶⁵. No obstante lo dicho, podría objetarse que, en el sistema actual, la acción de cumplimiento se concibe como remedio preferente de modo que, si el cumplimiento es posible, no cabe que el acreedor opte por exigir directamente responsabilidad contractual¹⁶⁶. De hecho, cabría ligar esa imposibilidad del acreedor de acudir directamente (sin ejercerlo junto con la acción de cumplimiento) al remedio indemnizatorio con un posible derecho del deudor al cumplimiento¹⁶⁷, que si bien no está consagrado como tal en el C.c., se reconoce en el moderno Derecho de obligaciones¹⁶⁸. En concreto, el art. III.-3:202 (2) DCFR lo contempla en relación con el supuesto de falta de conformidad y permite al deudor ofrecer al acreedor la subsanación “dentro de un plazo razonable y a sus expensas” en cuyo caso, el

¹⁶¹ En este sentido SÁNCHEZ GÓMEZ, (1998), pág. 253

¹⁶² Se entiende que el art. 1098,1 C.c. contempla una medida que opera en fase de ejecución, en el caso de que el deudor no cumpla la sentencia de condena (cfr. Art. 706 LEC). SEVERIN, (2014) pp. 557; 563

¹⁶³ SEVERÍN, (2014) p. 556

¹⁶⁴ V. gr. SSTS, 1ª, 28.6.1999 (RJ 1999/4894); 11.12.2001 (RJ 2002/2711)

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO (2008) p. 790.

¹⁶⁶ Véase SEVERÍN, (2014) pp. 543, 544 y autores citados en notas 992 y 993.

¹⁶⁷ Así lo hace PANTALEÓN (1993), p. 731, cuando indica que “el cumplimiento debe ser considerado igualmente un derecho del deudor, de modo que el acreedor no puede exigir el valor de la prestación como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad contractual, pero podrá exigirla una vez transcurrida sin éxito un plazo adecuado para cumplir que fije al deudor o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de la fijación del plazo”. CARRASCO (2010), pp. 1073, 1074, observa que, aunque en el Derecho español no se ha consagrado una regla por la que el deudor tiene derecho a reparar su incumplimiento antes de que el acreedor ejercite la acción resolutoria o acuda a un negocio de cobertura con la consiguiente liquidación del daño, tal regla puede considerarse implícita en el sistema y se manifiesta en la primacía que otorga la jurisprudencia a la reparación en forma específica.

¹⁶⁸ Véase FENOY (2011), pp. 1556 y ss., que expone cómo se regula en los Principios Unidroit, PECL, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio y la Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del C.c. en materia de compraventa.

acreedor, mientras transcurre el plazo para subsanar el defecto, no puede ejercer ningún remedio distinto a la suspensión de su propia prestación¹⁶⁹.

A la vista de lo expuesto cabría pensar que, en línea de principio, en los casos en que el tratamiento o intervención médica realizada no ha obtenido el resultado pactado o que cabía esperar, el paciente debe aceptar el ofrecimiento, en su caso, del prestador de servicios médicos, de llevar a cabo una nueva intervención dirigida a rectificar o reparar los defectos de la inicial. Y que no puede dirigirse a un tercero para que lleve a cabo la reparación -sin haber dado la oportunidad de hacerlo al facultativo inicialmente contratado- para con posterioridad, reclamar el coste de la intervención como una partida más de la eventual indemnización. Ahora bien, a mi juicio ello dependerá de las circunstancias concurrentes, porque si bien en ciertos casos la previa falta de consecución del resultado no tiene porqué suscitar serias dudas acerca de la capacidad del concreto deudor de la prestación médica para subsanar la defectuosidad inicial¹⁷⁰, de modo que sería irrazonable rechazar tal posibilidad, en otros casos, especialmente cuando se trate de procedimientos invasivos o intervenciones de cierta entidad, puede suceder lo contrario. Y, teniendo en cuenta que la prestación del deudor afecta a la integridad física del acreedor e incide en su derecho a la libertad personal, no creo que pueda exigirse al paciente que se someta a una nueva intervención ejecutada por el mismo facultativo¹⁷¹. Pienso por ello que en tales situaciones debe aceptarse la posibilidad de que el paciente acuda a un tercero para subsanar la prestación deficientemente ejecutada y ejercite una acción de responsabilidad dirigida a obtener la indemnización del daño sufrido¹⁷².

ii) En el caso de no consecución del resultado esperado por el paciente no parece que *la reducción del precio* sea un remedio apto para satisfacer al acreedor lesionado. Este remedio es adecuado cuando se pretende subsanar la alteración de la relación de equivalencia entre las prestaciones contractuales provocada por la defectuosidad o falta de conformidad de una de ellas. Y ello supone que la prestación efectuada debe ser útil, aunque sea parcialmente, al acreedor. Cuando el paciente no obtiene el resultado esperado (no rehabilitación de la dentadura, no desaparición de la protusión del maxilar; no eliminación de la incurvatura del pene; no esterilización, etc.) lo normal será que quede plenamente insatisfecho. Por lo tanto lo que reparará su insatisfacción no es la reducción del precio, sino su eliminación, esto es, la devolución de la remuneración abonada, en su caso, o la extinción de la obligación de abonarla.

¹⁶⁹ GÓMEZ CALLE (2012) p. 47

¹⁷⁰ Pesemos, por ejemplo, en una operación de cirugía refractiva mediante técnica lásik que no elimina todas las dioptrías del paciente, siendo necesaria una segunda intervención.

¹⁷¹ Para LLAMAS POMBO (1998) p. 237, aunque el TS se incline prioritariamente por el cumplimiento en forma específica parece justo que se permita al paciente optar por la forma de reparación que prefiera o al menos que sea otro facultativo el que intervenga y lo haga con cargo a la responsabilidad civil.

¹⁷² Una justificación añadida a la postura aquí mantenida vendría dada por la posibilidad de configurar la denominada "operación de reemplazo" como un mecanismo dirigido a satisfacer "in natura" el interés del acreedor en casos de previo incumplimiento. Así lo plantea MORALES (2013), pp. 400, 403 y ss., quien señala que en el nuevo modelo de contrato "está tomando carta de naturaleza la operación de reemplazo como medio para satisfacer, *in natura*, el interés del acreedor, por un tercero, a costa del deudor". Y esa operación de reemplazo, "la sufraga el deudor, por la vía de la pretensión indemnizatoria".

iii) En relación con esto último hay que observar que la doctrina tradicional suele afirmar que en las obligaciones de resultado, si el resultado no se obtiene *el deudor no tiene derecho a cobrar la remuneración pactada*¹⁷³. Aunque esta consecuencia sólo está prevista en el C.c. para el supuesto de destrucción de la obra antes de su entrega (art. 1590 C.c.) hay sentencias que sostienen con carácter general que, en el contrato de obra, la realización correcta y adecuada de la obra “es determinante del derecho al pago de la retribución” (STS, 1ª, 9.1.2006, RJ 2006/132), no pudiendo reclamarse los honorarios fijados cuando no fue obtenido el resultado pactado (STS, 1ª, 26.6.2007, RJ 2008/3306). De ahí cabe inferir que, si la prestación médica llevada a cabo no obtiene el resultado esperado o que cabía esperar, el prestador del servicio -con independencia de que haya desarrollado su actividad de manera más o menos diligente- no tiene derecho a cobrar los honorarios pactados. Ahora bien, ¿se trata éste de un remedio autónomo, propio de los contratos de servicios en que el deudor compromete la obtención de un resultado o debe incardinarse en los remedios generales consagrados para el incumplimiento?¹⁷⁴ La negativa a abonar la remuneración pactada no equivale al ejercicio de la excepción de incumplimiento o cumplimiento defectuoso porque dicha excepción, por su propia naturaleza, tiene efectos provisionales¹⁷⁵. ¿Implica el ejercicio de la acción resolutoria? Ha de advertirse que, al menos en el campo en que nos movemos, lo habitual es que el paciente haya abonado, si no en su totalidad al menos parcialmente, los honorarios al médico o facultativo que lleva a cabo la operación infructuosa, lo que implica que, en la práctica, la posibilidad de rechazar el pago de la remuneración pactada ha de reconducirse a una pretensión de devolución de los honorarios abonados.

Llegados a este punto conviene observar que el ejercicio de la facultad resolutoria para remediar las consecuencias lesivas del incumplimiento de obligaciones de hacer, particularmente cuando se ha comprometido un resultado, presenta ciertos inconvenientes. Según la concepción habitual, la resolución, tiene, no sólo efectos liberatorios, sino también restitutorios de las prestaciones ya realizadas¹⁷⁶. Esto obligaría al paciente que, ante la no consecución del resultado esperado, pretende resolver el contrato de servicios médicos a restituir la prestación recibida. Pero es obvio que la prestación de hacer llevada a cabo por el deudor incumplidor no es susceptible de restitución. ¿Debería entenderse que en tal caso el acreedor del resultado debe restituir el valor de la prestación ejecutada¹⁷⁷ porque, de otro modo, le estará vedada la

¹⁷³ CABANILLAS (1993), pp. 39, 45, 56, 135 y ss.; (2014) pp. 184, 185.

¹⁷⁴ Si se parte del moderno concepto de incumplimiento y la idea de que es necesario establecer un sistema articulado de remedios aplicable a todo tipo de incumplimiento, posiblemente debiera responderse afirmativamente. En este sentido, MORALES, (2013), pp. 390, 391, indica que en el moderno Derecho de contratos el incumplimiento se refiere a la vulneración de deberes de conducta del deudor, a la inexistencia de hechos o circunstancias presupuestos en el contrato y garantizados por la otra parte y “a la obtención de un determinado resultado de satisfacción del acreedor, que puede no depender exclusivamente de la buena actuación del deudor” (el subrayado es mío).

¹⁷⁵ Como indica Díez-PICAZO, (2008), pp. 84, 85, tal excepción supone una negativa provisional al pago de la obligación por parte de quien la alega, hasta que haya sido cumplida o ejecutada de forma correcta la contraprestación.

¹⁷⁶ Ese efecto restitutorio, aun no previsto por el art. 1124, se considera consecuencia del art. 1123 C.c. que lo prevé para las genuinas condiciones resolutorias. CLEMENTE MEORO (2009), pp. 41, 42.

¹⁷⁷ Véase lo indicado en la nota 71.

resolución? Esa es la consecuencia que parece desprenderse de los arts. 1295 y 1303 y ss. (en particular del art. 1307), preceptos que, al no estar regulados expresamente en el C.c. los efectos restitutorios que se anudan a la resolución, suelen aplicarse por analogía¹⁷⁸. Es evidente, sin embargo, que dichos preceptos están claramente pensados para obligaciones de dar, por lo que es difícil adaptarlos a las peculiaridades de las obligaciones de hacer.

Para resolver la cuestión creo que ha de tenerse en cuenta que, si el resultado debido no se ha alcanzado, por lo general la insatisfacción del acreedor será total, no obteniendo ningún provecho de la prestación ejecutada¹⁷⁹. Así ocurre, al menos, cuando se trata de prestaciones médicas que no alcanzan el resultado esperado o que, conforme a las circunstancias, cabía esperar (alopecia no subsanada, no desaparición de cicatrices, curvatura del pene no eliminada, no aumento de la longitud de las piernas, infertilidad no conseguida...), y que conllevan además, en muchos casos, daños físicos o psíquicos añadidos. Pues bien, dado que el efecto restitutorio de la resolución se explica por la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto de una parte a costa de la otra¹⁸⁰, creo que, en el supuesto descrito, debe entenderse que, si el acreedor que recibe la prestación de hacer no obtiene de ella provecho ni enriquecimiento alguno, nada debe restituir¹⁸¹.

Creo en definitiva pues, que uno de los remedios que tiene a su disposición el paciente insatisfecho por el servicio médico que no obtuvo el resultado debido es la negativa al pago de la remuneración acordada o, lo que es más común, la devolución de los honorarios ya abonados. Y ello, tanto si se configura la pérdida del derecho a la remuneración como un remedio autónomo propio de las obligaciones de hacer que garantizan la obtención de un resultado, como si se considera que se está ante el ejercicio de la facultad resolutoria. Pues en este último caso ha de entenderse, en mi opinión, que la resolución carece de efectos restitutorios *recíprocos*¹⁸² y tiene

¹⁷⁸ CARRASCO (2010), pp. 1149, 1154; GONZÁLEZ PACANOWSKA (2013), p. 8251; RODRÍGUEZ ROSADO (2013), p.174

¹⁷⁹ Lo advierte CARRASCO (2010), p. 44, en relación con el contrato de obra. Señala que aquí existen especiales dificultades para practicar la restitución en especie pero además puede ocurrir que las prestaciones ya realizadas carezcan de utilidad residual para el acreedor comitente, lo que dificulta la resolución.

¹⁸⁰ CLEMENTE MEORO (2009) p. 42; GONZÁLEZ PACANOWSKA, (2013), p. 8251. De ahí que Díez-PICAZO (2008) p. 872, indique que la acción para obtener el equivalente pecuniario de la prestación, cuando ésta no puede restituirse "in natura", deba considerarse una acción de enriquecimiento y no de resarcimiento.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ ROSADO (2013), pp. 238, 250, observa, en este sentido, que los gastos y esfuerzos patrimoniales realizados por un contratante que no han supuesto aumento patrimonial en el otro no son deben ser restituidas. Las prestaciones "inútiles", indica, no son objeto de restitución.

¹⁸² Es decir, creo que en este caso el efecto restitutorio de la resolución debería quedar limitado a la prestación llevada a cabo por el acreedor insatisfecho, que el prestador del servicio médico debería restituir.

La existencia de prestaciones que carecen de utilidad se la plantea también GONZÁLEZ PACANOWSKA (2013). Esta última, en p. 8227, aborda el problema de la resolución en el supuesto de una obra deficientemente ejecutada y sugiere la posibilidad de que la resolución tenga *efectos "ex nunc"*, debiendo indemnizar el incumplidor la diferencia entre el valor de lo ejecutado y el valor de mercado de la obra bien hecha, en el supuesto en que la obra tenga alguna utilidad. Pero si la obra carece de toda utilidad, *el incumplidor deberá restituir el importe del precio pactado si ya hubiere sido pagado* (el subrayado es mío).

Esta es la solución, que en el caso que nos ocupa, me parece procedente. Si el servicio médico realizado no obtiene el resultado que cabía esperar y, por consiguiente, no proporciona al paciente ninguna utilidad (dejando a un lado ahora la posibilidad de que se hayan producido daños añadidos), la resolución tendrá como consecuencia la posibilidad de exigir la devolución de los honorarios abonados.

básicamente efectos liberatorios esto es, libera al acreedor del resultado de la obligación de cumplir su propia prestación (pudiendo exigir su devolución en caso de haberla ya efectuado).

En la práctica se observa, de hecho, que en algunos casos el paciente demandante, junto con la indemnización de daños y perjuicios, solicita la devolución de los honorarios abonados al médico o clínica demandados¹⁸³, aunque sin aclarar la naturaleza jurídica de esta última pretensión, que en mi opinión, más que un remedio indemnizatorio es un remedio sinalagmático.

iv) Indemnización de daños y perjuicios.

La mayoría de las demandas dirigidas contra el prestador de servicios médicos como consecuencia de la no obtención del resultado pretendido por el paciente tienen como objeto el resarcimiento de los daños producidos.

El carácter indemnizable de los daños derivados del incumplimiento no plantea en general muchas dudas. El remedio indemnizatorio requiere la imputabilidad del incumplimiento, pero como se ha expresado con anterioridad, en la actualidad la imputabilidad no se entiende basada en la culpa, considerándose imputable al deudor todo incumplimiento que no sea consecuencia de un hecho ajeno a su ámbito de control. Constituye una excepción a esta regla el supuesto en que el deudor ha asumido una mera obligación de actuar diligentemente (la tradicional "obligación de medios") porque, como también se ha indicado, en este caso sólo hay incumplimiento, y por ende responsabilidad, si se prueba la negligencia del deudor. Ahora bien, en el supuesto que analizamos, presuponemos que el prestador del servicio médico se ha comprometido, expresa o tácitamente, conforme a lo explicado en su momento, a obtener el resultado deseado por el paciente. Esto implica que la no consecución de tal resultado le será imputable a menos que demuestre que se debe a un hecho imprevisible e inevitable, ajeno a su ámbito de control. Y conviene recordar que, como se deduce de lo hasta ahora argumentado, los riesgos aleatorios del tratamiento o intervención médica que puedan impedir la consecución del objetivo buscado por el paciente, no pueden considerarse hechos ajenos a la esfera de control médica -y exoneradores por tanto de responsabilidad- si no se ha informado de ellos al paciente. Por consiguiente, cuando el prestador del servicio médico no informó al paciente de la posibilidad de no obtención del resultado buscado por éste, incurrirá en responsabilidad contractual y deberá indemnizar los daños causados a la víctima.

Por lo que respecta a los daños resarcibles, es comúnmente aceptado que la indemnización abarca el interés contractual positivo, esto es, lo necesario para colocar a la parte perjudicada en la situación en que se hallaría de haberse cumplido el contrato correctamente. Teóricamente podría exigirse, pues, una indemnización que cubriera la "utilidad" que la consecución del resultado debido habría proporcionado al acreedor insatisfecho¹⁸⁴ (descontando, lógicamente, en su caso, el valor del precio abonado en caso de reclamarse su restitución). Sin embargo, es evidente que en el ámbito que nos movemos resulta difícil determinar el valor de dicha utilidad (la de la subsanación de la alopecia, aumento o reducción de mamas, mejora estética no obtenida, etc.) si no es por referencia al precio pactado (aunque no cabe descartar que se "integre" o "confunda"

¹⁸³ Así, por ej. en los casos resueltos por las SSTs 1ª 4.10. 2006 (RJ 2006/132); 28.6.2013 (RJ 2013/4986); 13.4.2016 (RJ 2016/1495), si bien hay que hacer constar que sólo en el primer caso hubo sentencia condenatoria.

¹⁸⁴ Véase, en este sentido, lo indicado por GÓMEZ POMAR (2007), y el ejemplo incluido en pp. 20 y 21.

la utilidad no recibida con el daño moral resarcible). Por otra parte, lo normal es que este tipo de intervenciones provoquen al paciente daños corporales¹⁸⁵ y daños morales –bien consecuencia de dichos daños corporales o bien, en ocasiones, derivados de la zozobra, trastornos, etc. provocados por el hecho de tener que someterse a diversas intervenciones quirúrgicas dirigidas a reparar el daño inicial-.

En relación con esta cuestión hay que recordar que la extensión del daño resarcible viene delimitada por los arts. 1106 y 1107 C.c. Aunque el art. 1106, en tanto alude al daño emergente y al lucro cesante, se refiere al daño de carácter patrimonial, se entiende actualmente que no impide la indemnización del daño no patrimonial, y en concreto, el denominado daño moral, que abarca tanto la lesión de derechos de la personalidad como, en general, el sufrimiento o padecimiento psíquico de cierta entidad¹⁸⁶. Ahora bien, para que pueda repararse el daño moral derivado de un incumplimiento contractual, se considera necesario, por aplicación del art. 1107 C.c., que el mismo esté cubierto por el fin de protección del contrato¹⁸⁷. Pero así ocurre cuando se está ante un contrato de servicios médicos, no sólo porque dicho contrato está dirigido a satisfacer intereses de naturaleza extrapatrimonial, sino porque la ejecución de la prestación médica puede producir la lesión de la salud o la integridad física del paciente, y ésta conlleva habitualmente la producción de daños morales.

Así en la práctica es habitual que la indemnización concedida cuando no se obtiene el resultado debido por el prestador del servicio médico, comprenda, según los casos, los gastos hospitalarios y costes de la intervención dirigida a reparar los daños causados por el servicio defectuoso, los gastos derivados de la eventual incapacidad y los daños morales resultantes de las secuelas

¹⁸⁵ En relación al daño corporal -a la salud o la integridad física- es útil la distinción entre el daño evento (bien o interés lesionado) y el daño consecuencia (perjuicios derivados del anterior) ya que las lesiones a la salud y la integridad física generan consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales (daños morales). Aunque no procede aquí analizar con detenimiento los concretos conceptos que pueden integrar el daño indemnizable en el supuesto de lesiones corporales, cabe observar, sintéticamente, que las consecuencias patrimoniales del daño corporal comprenden los gastos médicos, de atención y cuidados, y otros posibles gastos -v. gr. desplazamientos- (daño emergente) así como, en su caso, las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante). Respecto de los daños morales es sabido que en nuestro sistema se indemnizan con notable amplitud, pero, con carácter orientativo, puede decirse que abarcan tanto el dolor físico asociado a las lesiones, como los sufrimientos psicológicos y el dolor moral (pena, angustia) así como el daño derivado de la imposibilidad de realizar actividades que la víctima podía con anterioridad realizar. Sobre el concepto de daño y en particular el daño corporal, puede verse DEL OLMO (2016), pp. 205, 206, 210 y ss.

¹⁸⁶ Por todos, RODRIGUEZ GUITIÁN (2007), p. 245; SOLÉ I FELIU, (2009), pp. 20, 21; 30.

¹⁸⁷ De acuerdo con el art. 1107 el deudor no doloso sólo responde de los daños que sean *previsibles* al tiempo de contratar y que sean consecuencia necesaria del incumplimiento. La previsibilidad a que hace referencia este precepto puede valorarse desde la perspectiva unilateral del deudor (esa es la tendencia en el Derecho anglosajón actual, sobre ello MORALES, (2010), pp. 135 y ss.) o sobre la base del contrato celebrado, que permite determinar los daños resarcibles atendiendo al denominado “fin de protección del contrato”, que hace referencia a los riesgos e intereses cubiertos por el contrato. [PANTALEÓN, 1991, pp. 1026 y ss.; MORALES, (2010), pp. 164 y ss.; ASÚA (2013), pp. 8120, 8121] Desde este punto de vista, será indemnizable el daño moral contractual cuando quede comprendido en el fin de protección del contrato [ASÚA, (2013) p. 8114], lo que sucede cuando el contrato está dirigido a satisfacer intereses de naturaleza extrapatrimonial o puede poner en riesgo esos intereses [RODRÍGUEZ GUITIÁN, (2007), pp. 256 y ss., SOLÉ I FELIU, (2009), pp. 31 y ss.; MORALES, (2013), pp. 418, 419].

físicas, estéticas, funcionales o psíquicas que se hayan podido producir¹⁸⁸.

5.2. Materialización de riesgos sobre los que no se había informado al paciente.

Cuando existe un contrato de servicios médicos, la producción de secuelas o lesiones que constituyen riesgos típicos de la intervención pero de los que no se ha informado al paciente, puede configurarse como un supuesto de incumplimiento contractual (cumplimiento defectuoso). Como ya se ha argumentado, tales riesgos, al no haber sido trasladados al paciente mediante el cumplimiento de los deberes de información, quedan dentro del ámbito de control del médico, que deberá responder de los mismos en caso de que lleguen a materializarse, no pudiendo ser considerados como supuestos de caso fortuito aunque se hayan producido de manera aleatoria y con independencia de la diligencia desplegada en la ejecución de la prestación. Esta conclusión es aplicable no solo cuando cabe entender que el prestador del servicio médico se ha comprometido a obtener un resultado concreto (lo que habitualmente sucede en supuestos calificados como de “medicina voluntaria”) sino con carácter general y para todo tipo de servicio médico (es decir, también en la medicina “terapéutica”).

Si calificamos la hipótesis como un incumplimiento contractual el perjudicado podrá, en principio, acudir a cualquiera de los remedios propios del incumplimiento. Sin embargo, es evidente que el más apropiado es el de carácter indemnizatorio, por lo que me remito a lo indicado con anterioridad. Puede pensarse, por ello, que la situación del paciente que basa su reclamación en las reglas de la responsabilidad contractual no es muy diferente –ni mejor– que la del que ejercita una acción de carácter extracontractual. Pero la diferencia reside, en mi opinión, en que, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana es posible que un análisis riguroso de la relación de causalidad entre la falta de información y el daño final producido, o la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, lleven a excluir la indemnización del daño o a reducir su cuantía. En cambio, de acuerdo con el planteamiento aquí desarrollado, el incumplimiento del deber de informar al paciente sobre los riesgos del tratamiento supone que éstos quedan integrados en la esfera de control del médico, de manera que deberá responder de la totalidad del daño en caso de materialización del riesgo del que no se informó.

¹⁸⁸ Ha de advertirse que en los casos de vasectomía con resultado de embarazo la valoración de los daños puede ser diversa y, en algún caso, ha abarcado el coste de alimentación del nacido (v. gr. STS, 25.4.94, RJ 1994/3073, que alude a una “ayuda” con tal fin). Sobre el daño indemnizable en los casos de “wrongful conception”, JUAREZ, (2016), p.235; MARTIN CASALS Y SOLÉ FELIU, (2002) pp. 1103, 1104.

6. Bibliografía

María Teresa ALONSO PÉREZ, (2014), “El arrendamiento de servicios”, en YZQUIERDO TOLSADA, *Contratos*, t. IV, *Contratos de prestación de servicios y realización de obras*, (I), Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 51-133

- (2012), “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual Europeo)”, *InDret*, 3
- (1998), “La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la S. de la Sala Civil del TS de 2 de diciembre de 1997)”, *Anuario de Derecho civil*, II, pp. 887-916

Vanesa ARBESÚ GONZÁLEZ, (2016) *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2016

- (2015) “La naturaleza jurídica de la obligación en odontología curativa y estética”, *Revista de Derecho UNED*, nº 16, pp. 81-119

ARCOS VIEIRA, (2007), *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Navarra

Clara ASÚA GONZÁLEZ, (2014) “Responsabilidad civil médica” en *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Coord. por REGLERO/BUSTOS, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 331-438

- (2013), “Comentario a los arts. 1101-1107 C.c.” en *Comentarios al Código civil*, t. VI, dir. Por Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 8051-8125
- (2008), *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Navarra

Paloma, BARRÓN ARNICHEs, (2014) “La formación del contrato de servicios” en *Negociación y perfección de los contratos*, coord. por PARRA LUCÁN, Aranzadi, Navarra, pp. 965-1003

- (2012) “Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2, Normas aplicables a los contratos de servicios”, en *Derecho europeo de contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. II, Atelier, Barcelona, pp. 1137-1229

Enrique BARROS, (2009) “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en BARROS, GARCÍA RUBIO, MORALES, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 135-192

Xabier BASOZÁBAL, (2015), *Responsabilidad extracontractual objetiva, Parte General*, ed. BOE, Madrid

- (2009), “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC*, II, pp. 647-711

Rodrigo BERCOVITZ, (2015) “Comentario al art. 4º”, en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 70-74.

BURROU (2013) (ed.), *Oxford Principles of English Law: English Private Law*, Oxford U. Press,

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, (2014) "El contrato de obra", en YZQUIERDO TOLSADA, *Contratos*, t. IV, *Contratos de prestación de servicios y realización de obras*, (I), Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 175-340

- (2000), *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid, Cívitas
- (1993), *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona

Ángel CARRASCO (2010) *Derecho de contratos*, Navarra, Thomson-Aranzadi

- (1989), "Comentario a los arts. 1104-1108 C.c." en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, XV-1. Madrid, Edersa, pp. 585-752

María Dolores CERVILLA GARZÓN (2001), *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia

Mario CLEMENTE MEORO, (2016). "Comentario a los arts. 1117-1129 C .c." en *Código civil Comentado*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra pp. 192-247

- (2009) *La resolución de los contratos por incumplimiento, Presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona.

Mª Carmen, CRESPO MORA, (2017) "La modernización del contrato de servicios en el Derecho español: Estudio de la propuesta de la Comisión General de Codificación", en *Estudios Jurídicos: Liber Amicorum en honor de Jorge Caffarena*, Colegio de Registradores, Madrid, pp. 263-291

- (2013), "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *Indret*, 2

Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, (2007) "Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?", en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. por Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 133-179

- (2006) "El resultado en la obligación del médico ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?", en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje a Alonso Pérez*, t. I, Madrid, La Ley, pp. 419-418.
- (2002) "El consentimiento informado. Algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño", Congreso de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad y seguro, disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2006/Yaguez.pdf>

Calixto DÍAZ REGAÑÓN, (2006) *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada

Luis DÍEZ-PICAZO, (2008), *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial II, Relaciones obligacionales*, 6ª ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2008

- (1999), *Derecho de daños*, Cívitas, Madrid

Andrés DOMÍNGEZ LUELMO, (2003) *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid,

DUGDALS/STANTON, (1998), *Professional negligence*, 3^{oa} ed., Butterworths

Nieves FENOY, (2011), "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: Los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho civil*, IV, pp.1481-1684

- (2010) "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *Anuario de Derecho civil*, I, pp. 47-136

Javier FERNÁNDEZ COSTALES, (1998), *El contrato de servicios médicos*, Cívitas, Madrid,

Harry A. FLETCHNER, (2010) "Service contracts in United States", en *Service Contracts*, ed. por ZIMMERMANN, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 149-166

Julio César GALÁN CORTÉS, (2016) *Responsabilidad civil médica*, 2^aed., Thomson-Cívitas, Navarra

María Paz GARCÍA RUBIO, (2006), "Incumplimiento el deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje a Alonso Pérez*, t. I, La Ley, Valladolid, pp. 801-827

Esther GÓMEZ CALLE, (2012), "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del C.c. en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *Anuario de Derecho civil*, I, pp. 29-100

- (1998), "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario", *Anuario de Derecho civil*, IV, pp. 1693-1767
- (1994), *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid

Fernando GÓMEZ POMAR, (2007) "El incumplimiento contractual en el Derecho español", *Indret*, 3

Isabel GONZALEZ PACANOWSKA (2013) "Comentario al art. 1124", en *Comentarios al C.c.*, t. VI, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 8213-8261

Pablo GUÉREZ TRICARICO, (2012). *El tratamiento médico curativo y su licitud. El papel del consentimiento del paciente*, Cívitas-Thomson, Navarra.

José GUERRERO ZAPLANA (2004), *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*, Lex Nova, Valladolid.

JACKSON and POWELL (2012) *on Professional Liability*, Sweet and Maxwell, 17^o ed., London.

Margarita JIMENEZ HORWITZ, (2012), "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)", *Anuario de Derecho civil*, II, pp. 551-584

Michael JONES, (2008) *Medical Negligence*, 4^a ed., Sweet and Maxwell

Francisco JORDANO FRAGA, (1991) "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario de Derecho civil*, vol. I, pp. 5-96

- (1985) "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 29-103

Ángel JUAREZ, (2016), "El daño corporal. Casos de wrongful birth, wrongful life y wrongful conception. Valoración", en *Practicum Daños 2017*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 219-237

José Luis LACRUZ BERDEJO, (1985), *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1º, 2ª ed., Barcelona, Bosch.

LAWSON/LONGMAN, (1982), *The Supply of Goods and Service Act 1982. A practical guide*, London

Eugenio LLAMAS POMBO (1998), *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium

José M. LOBATO GÓMEZ, (1992) "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *Anuario de Derecho civil, II*, pp. 651-734

Sebastián LÓPEZ MAZA y José R. GARCÍA VICENTE, (2015) "Comentario al art. 61 TRLC", en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2ª ed., 2015, pp. 864-878

Álvaro LUNA YERGA, (2004) *La prueba de la responsabilidad médico-sanitaria*, Thomson-Cívitas, Madrid

José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ (1997), *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, Comares

Miquel MARTÍN CASALS (2006), "Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud", en *Revista Española de Seguros*, nº 128, pp. 803-838

Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2002), "Comentario a la STS 7.6.2002", *CCJC*, nº 60, 2002, pp. 1097-1121

MCKENDRIK, (2015), *Contract Law* 11 ed., Palgrave, Londres-Nueva York

Antonio Manuel MORALES, (2013) "Claves de la modernización del Derecho de Contratos", en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 Aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, La Ley, Madrid, pp. 318-430

- (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, RALJ, Madrid
- (2009), "Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato", en BARROS, GARCÍA RUBIO, MORALES, *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 193-221
- (2006 a), "Evolución del concepto de obligación en el Derecho español" en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cívitas, Navarra, pp. 16-54
- (2006 b), "La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44 CE", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cívitas, Navarra, pp. 161-188
- (2006 c) "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria", en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cívitas, Navarra, pp. 55-92

Bernardo MORENO QUESADA, (1976) "Problemática de las obligaciones de hacer", *RDP*, pp. 467-502

Pedro MUNAR BERNAT (2012), "El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar", en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional*, Dykinson,

Madrid, pp. 109-118

Pedro DEL OLMO (2016), "El daño extrapatrimonial", en *Practicum Daños 2017*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 204-219

Fernando PANTALEÓN (1993) "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho civil*, IV, pp. 1719-1745

- (1991), "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho civil*, III, pp. 1019-1091

Darío PARRA SEPÚLVEDA (2014), *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis inédita, disponible en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf?sequence=1

Ana María PÉREZ VALLEJO, (2010) "Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactoria", en *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid

Principles, Definitions and Model Rules of European –Private Law, Draft Common Frame of Reference (Full edition), vol. 2, Munich, Sellier, 2009

Rafael RAMÍREZ ESCUDERO, (2012), "Responsabilidad civil de los seguros médicos privados. Hacia una mayor corresponsabilidad", en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica*, Madrid, Dykinson,

Sonia RAMOS GONZÁLEZ, (2012) "Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 8. Servicios médicos", en *Derecho europeo de contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. II, Atelier, Barcelona, pp. 1321-1379

Alma RODRIGUEZ GUITIÁN (2007) "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual" *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 15 2007, pp. 239-263.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO, (2013), *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, Marcial Pons

- (2014) "Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*", *Revista de Derecho civil*, I-4, pp. 155-187

Lis SAN MIGUEL PRADERA (2010), "Comentario al art. 1124 C.c.", en *Comentarios al Código civil*, dir. por DOMÍNGUEZ LUELMO, Valladolid, Lex Nova, pp. 1247-1251

María Paz SÁNCHEZ GÓNZÁLEZ, (2002) *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch

Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ (1998) A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, Tecnos.

María José SANTOS MORÓN, (2017), "La imputación de responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: El art. 148 TRLC", *Anuario de Derecho Civil*, vol. I , pp. 119-164

- (2000), *Incapacitados y derechos de la personalidad. Tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid.
- (1999) "Información precontractual, forma y prueba del contrato", en *Curso de protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, pp. 135-161

José Antonio SEIJAS QUINTANA, (2011), "Responsabilidad médica: Nueva visión del TS ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados", en *Derecho de daños*, coord. por HERRADOR GUARDIA, Madrid, Sepin, pp. 287-310

Gonzalo SEVERÍN FUSTER, (2014) *Los contratos de servicio: su construcción como categoría y el derecho del cliente al cumplimiento específico*, Madrid, (tesis inédita disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/660666>)

SOLÉ I FELIU, (2009), "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español", *InDret*, 1.

TREITEL, (2011) *The Law of Contract*, 13ª ed., Edwin Peel

Antoni VAQUER ALOY, (2012 a), "La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual europeo", en *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, dir. Por DE BARRÓN ARNICHES, Comares, Granada, pp. 1-26

- (2012 b) "Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en *La revisión de las normas de protección de consumidores*, dir. Por CÁMARA LAPUENTE, Cívitas-Thomson, Navarra, pp. 1801-1812

José Ramón de VERDA Y BEAMONTE, (2015) "La responsabilidad derivada de la cirugía estética", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 36, pp. 93-126

Carmen VILLANUEVA LUPIÓN, (2012), "El contrato de servicios bajo el prisma del Derecho contractual europeo", en JIMÉNEZ LIÉBANA, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al prof. José González García*, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 827-859.

7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 7.2.1990	RJ 1990/668	A. Fernández Rodríguez
STS, 1ª, 16.4.1991	RJ 1991/2697	Teófilo Ortega
STS, 1ª, 23.4.1992	RJ 1992/3323	Antonio Gullón
STS, 1ª, 25.4.1994	RJ 1994/3073	José Luis Albácar
STS, 1ª, 11.2.1997	RJ 1997/940	J. Almagro Nosete
STS, 1ª, 28.6.1997	RJ 1997/5151	F. Morales Morales
STS, 1ª, 2.12.1997	RJ 1997/8964	Xabier O'Callaghan
STS, 1ª, 28.12.1998	RJ1998/10164	P. González Poveda
STS 1ª, 13.4.1999	RJ 1999/2583	L. Martínez Calcerrada
STS, 1ª, 28.6.1999	RJ 1999/4894	Xabier O'Callaghan
STS, 1ª, 2..11.1999	RJ 1999/7998	A. Villagómez Rodil
STS, 3ª, 4.4.2000	RJ 2000/3258	J.A. Xiol Ríos
STS, 1ª, 26.9.2000	RJ 2000/8126	A. Villagómez Rodil
STS, 1ª, 12.1.2001	RJ 2001/3	J.M. Martínez Pereda
STS, 1ª, 11.5.2001	RJ 2001/6197	L. Martínez Calcerrada
STS, 1ª, 11.12.2001	RJ 2002/2711	Xabier O'Callaghan
STS, 1ª, 2.7.2002	RJ 2002/5514	Jesús Corbal
STS, 1ª, 29.5.2003	RJ 2003/3916	A. Villagómez Rodil
STS, 1ª, 22.7.2003	RJ 3003/5391	A. Villagómez Rodil
STS, 1ª, 7.5.2004	RJ 2004/2608	I. Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1ª, 22.6.2004	RJ 2004/3958	F. Marín Castán
STS, 1ª, 29. 10.2004	RJ 2004/7218	Xabier O'Callaghan
STS, 1ª, 21.10.2005	RJ 205/949	Jesús Corbal
STS, 1ª, 9.1.2006	RJ 2006/132	Jesús Corbal
STS, 1ª, 10.5.2006	RJ 2006/2399	José Antonio Seijas
STS 1ª, 4.10.2006	RJ 2006/6428	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 17.4.2007	RJ 2007/3541	J.A. Xiol Ríos
STS, 1ª, 26.4.2007	RJ 2007/3176	A. Villagómez Rodil
STS, 1ª, 23.5.2007	RJ 2007/4667	J.A. Xiol Ríos
STS, 1ª, 29.6.2007	RJ 2007/3871	José Antonio. Seijas
STS, 1ª, 19.11.2007	RJ 2008/18	F. Marín Castán

STS, 1ª, 22.11.2007	RJ 2007/8651	J.A. Xiol Ríos
STS, 1ª, 12.3.2008	RJ 2008/4045	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 26.6.2008	RJ 2008/3306	Xabier O'Callaghan
STS, 1ª, 30.6.2009	RJ 2009/4323	F. Marín Castán
STS, 1ª, 20.11.2009	RJ 2010/138	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 27.9.2010	RJ 2010/5155	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 16.1.2011	RJ 2011/1784	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 20.1.2011	RJ 2011/299	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 13.5.2011	RJ 2011/3279	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 28.6.2013	RJ 2013/4986	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 19.7.2013	RJ 2013/5004	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 7.5.2014	RJ 2014/2477	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 3.2.2015	RJ 2015/641	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 16.6.2015	RJ 2015/2651	José Antonio Seijas
STS, 1ª, 13.4.2016	RJ 2016/1495	José Antonio Seijas
STSJ Navarra (Sala civil y Penal) 27.1.2001	RJ 2002/1079	I. Fernández Urzainqui