

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

LA CARGA DE LA PRUEBA
POR OMISIÓN DE
INFORMACIÓN AL PACIENTE

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO. NATURALEZA DEL CONTRATO QUE LIGA AL MÉDICO CON EL PACIENTE	19
CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE	43
I. SUJETOS DE LA INFORMACIÓN TERAPÉUTICA	44
1. Sujeto receptor de la información	44
2. Sujeto obligado a facilitar la información	47
II. TIEMPO EN EL QUE DEBE FACILITARSE LA INFORMACIÓN.....	53
III. CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN.....	56
IV. FORMA EN QUE HA DE PROPORCIONARSE LA INFORMACIÓN	68
V. EXCEPCIONES DEL DEBER DE INFORMAR.....	71
1. El derecho del paciente a no ser informado	71
2. Estado de necesidad terapéutica.....	73
3. Inexistencia del deber de informar	73

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO TERCERO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INFORMACIÓN	75
I. LA CARGA DE LA PRUEBA: CONSIDERACIONES PREVIAS DE CARÁCTER PROCESAL	76
II. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA INFORMACIÓN: RECAE SOBRE EL PACIENTE	82
1. Doctrina. Distinción entre obligación de medios y obligación de resultado	83
2. Propuestas jurisprudenciales para aliviar la posición procesal del paciente en los juicios sobre responsabilidad civil de los médicos	89
2.1. La regla <i>res ipsa loquitur</i> (<i>the thing speaks itself</i>)	91
2.2. La prueba de presunciones	95
2.3. La culpa virtual (<i>faute virtuelle</i> y prueba <i>prima facie</i> , prueba por apariencia o <i>Anscheinsbeweis</i>) ..	96
2.4. La distribución dinámica de la prueba o criterio de facilidad y disponibilidad probatoria (<i>Waffengleichheit</i>)	98
3. Jurisprudencia	101
III. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	111
1. Doctrina	111
2. Jurisprudencia	113
2.1. Obligación de medios	113
2.2. Obligación de resultado	120
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	135

INTRODUCCIÓN

El derecho a ser informado o, lo que es lo mismo, el deber del médico de informar al paciente, se convierte en necesaria concreción del derecho de respeto a la integridad física y psíquica (art. 15 de la Constitución), a modo y manera de lo que ocurre con la protección de los datos relativos a la salud de la persona, que son una derivación del derecho de protección de la intimidad (art. 18.1 y 4 de la Constitución), que derivan todos ellos de los principios de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución).

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹, *Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante Ley 41/2002), consagra dos principios básicos: el derecho de todo paciente o usuario a ser informado y la exigencia del consentimiento que debe prestar tras haber recibido la información, es decir, se regula una información autónoma o información terapéutica y una información como requisito

¹ La Ley se dicta con la finalidad de adaptación de nuestro Derecho interno al Derecho europeo y, concretamente, al contenido del *Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina*, suscrito el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000, conocido como *Convenio de Oviedo*. En su art 1 establece que «las partes en el presente convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio».

del consentimiento en su fase de adhesión al tratamiento prescrito o consentimiento informado. En el primer supuesto, la información del médico se convierte en instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica; en el segundo, se convierte en una obligación o deber médico de extraordinario relieve, ya que para que el paciente pueda consentir con conocimiento de causa, tiene que ser previamente informado del tratamiento terapéutico aconsejado y sus consecuencias, en función de la exploración realizada en el mismo, y el diagnóstico emitido, lo cual exige adaptar la información a la capacidad del paciente y determinar el alcance de la misma en orden a establecer los límites del deber de informar.

A nadie se le oculta la importancia y la trascendencia que ambos aspectos de la información tienen en la práctica, y que han originado un abundante número de estudios doctrinales centrados, fundamentalmente, en la medicina curativa o asistencial, y sobre la que, además, existe una extraordinaria jurisprudencia. Sin embargo, desde hace varios años, los Tribunales también han conocido y resuelto en numerosas ocasiones supuestos relacionados con las intervenciones quirúrgicas o técnicas para mejorar el aspecto físico que se efectúan dentro de lo que se conoce como medicina voluntaria o satisfactiva: intervenciones esterilizadoras (vasectomías y ligaduras de trompas) cirugía estética, odontología (blanqueamiento dental), donde el nivel de información que el médico debe proporcionar al paciente debe ser mucho mayor y más rigurosa que en la medicina curativa o asistencial, y que se realizan a personas sanas con el fin, no de curar una enfermedad o proceso patológico concreto, sino con el objeto de anular una actividad funcional normal, como es la actividad reproductora, o un deseo de mejorar el aspecto físico.

En ambos tipos de medicina, el paciente debe ser informado, pues así lo señala el art. 4 de la Ley 41/2002, al establecer que *«los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley»* (deber que anteriormente estaba regulado en el art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, y que ha quedado expresamente derogado en la disposición derogatoria de la Ley 41/2002). El propio precepto indica la forma y alcance de la información, y precisa y detalla en su art 10.1 el contenido básico de la información que ha de suministrarse al paciente, que debe incluir las consecuencias relevantes o de impor-

tancia que la intervención o el tratamiento origine con seguridad, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones. A su vez, el médico tiene que informar al paciente del diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, de la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, de las opciones o alternativas terapéuticas existentes, así como de sus consecuencias seguras y posibles, y de todas aquellas circunstancias que pueden incidir razonablemente sobre la decisión del paciente, entre ellas la posible falta de medios del centro sanitario en el que se encuentra.

Tanto en el supuesto de medicina curativa o asistencial, como en el caso de medicina voluntaria o satisfactiva, si la información no se proporciona del modo suficiente, o no ha habido ningún tipo de información, o ésta ha sido errónea y el paciente ha sufrido algún daño, o bien no ha obtenido el resultado perseguido con la intervención o el tratamiento, podría generar responsabilidad en el médico al incumplir el deber que tiene de informar, teniendo que indemnizar al paciente al que se le impidió conocer los riesgos que la intervención o tratamiento llevaba consigo.

Esta omisión o deficiencia de la información suministrada al paciente, a la que acabamos de hacer referencia, constituye en la actualidad una de las principales causas de reclamaciones por responsabilidad médica, por lo que evaluar el contenido de la información al paciente (entendido en sentido amplio que englobaría sujetos, forma, contenido, tiempo y excepciones), se erige en una cuestión esencial a la hora de enjuiciar si el facultativo se ha ajustado o desviado de la *lex artis*, por cuanto ésta se halla integrada no sólo por el aspecto puramente técnico de la prestación médica dispensada, sino también por el cumplimiento de la obligación de informar adecuadamente al paciente, a fin de que éste pueda decidir, con suficiente conocimiento de causa, sobre la terapia a la que se someterá o incluso sobre la posibilidad de prescindir de la misma.

Dado que existen numerosos trabajos doctrinales y abundantes resoluciones jurisprudenciales en relación con la responsabilidad médica, nuestro estudio no va a tratar el tema de si la omisión del deber de informar puede generar responsabilidad civil por parte del profesional médico, sino que va a centrarse, solamente y en concreto, en la carga de la prueba de la falta de información al paciente (carga de la prueba que se hacía desde los moldes clásicos del art. 1.214 del

Código civil (en adelante CC), artículo que fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 (en adelante LEC), y sustituido por el art. 217 del citado cuerpo legal, como tendremos ocasión de ver en su momento, pues no existen estudios específicos sobre la materia, la cual ha sido susceptible (casi siempre en supuestos relacionados con la responsabilidad civil) de posturas doctrinales y jurisprudenciales contradictorias al respecto. Las cuestiones que podemos plantearnos son las siguientes:

¿A quién incumbe la prueba en relación con el deber de información que recae sobre el médico?, ¿es razonable mantener en todo su rigor el principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el paciente el que debe demostrarla para que el facultativo sea condenado a indemnizar?, ¿o, por el contrario, en aplicación de la regla *res ipsa loquitur* (aplicada por los tribunales ingleses y norteamericanos), se motiva una inversión de la carga de la prueba y, por ello, corresponde al médico probar debidamente que cumplió con su obligación? ¿Serán o no de aplicación la reglas que tienden a aliviar la posición procesal del paciente cuando de reclamaciones a un médico se trata por haber incumplido su deber, como la de la «culpa virtual» o *faute virtuelle* (a la que acuden los tribunales franceses), unida a la llamada prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*: prueba por apariencia utilizada por la jurisprudencia alemana); o la de la distribución dinámica de la prueba (parecida al principio de Derecho alemán llamado *Waffengleichheit*)?

La respuesta a todas estas cuestiones no es unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Es por ello que el trabajo tiene como pretensión sistematizar y analizar las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales (referidas principalmente a Sentencias del Tribunal Supremo (en adelante STS) y, excepcionalmente, algunas Sentencias de Audiencias Provinciales (en adelante SAP), referidas tanto a la medicina curativa o asistencial, como a la voluntaria o satisfactiva, partiendo del estudio de los siguientes temas (que dividiremos en varios capítulos, como reza el índice):

- 1.º La naturaleza de la obligación de médico, esto es, ¿obligación de medios, obligación de resultados, distinta según se trate de medicina curativa o voluntaria? Esta distinción tiene una influencia decisiva en la distribución de la carga de la prueba y es fundamental para poder determinar a quién

corresponde dicha carga de la prueba de la no información al paciente, distinción que será férreamente defendida por nosotros en este trabajo, al igual que hace la doctrina mayoritaria, frente a lo que propugnan algunos autores que consideran irrelevante o falta de utilidad dicha distinción para distribuir la carga de la prueba. Por ello es necesario hacer un estudio de estas obligaciones para posteriormente comprobar que tienen una relevancia práctica trascendente.

- 2.º En segundo lugar, haremos un análisis en profundidad del derecho a la información del paciente: quién es el sujeto receptor de la información, quién es la persona obligada a facilitarla, tiempo en el que hay que informar, forma de hacerlo, contenido de dicho derecho y sus excepciones, imprescindibles todos estos aspectos para poder abordar el tema principal de este estudio: el *onus probandi* de la falta de información al paciente.
- 3.º El tercer gran apartado está dedicado al estudio y análisis de la carga de la prueba, haciendo una distinción según estemos en presencia de obligaciones de medios (contrato de arrendamientos de servicios) o de obligación de resultado (contrato de obra) y, a la vez, distinguiendo, para determinar sobre quién recae la carga probatoria, entre medicina asistencial o curativa y medicina voluntaria o satisfactiva, pues según estemos en presencia de una obligación u otra y de un tipo de medicina u otra, las soluciones serán diversas. Realizaremos un estudio del art. 217 LEC y de las reglas en él contenidas, así como de los principios o reglas a las que hemos hecho referencia anteriormente (reglas, más que de prueba, de utilización de presunciones), al objeto de poner de manifiesto si mediante ellas es posible aliviar o no al paciente de la carga de la prueba que sobre él recae o, incluso, si puede producirse una verdadera inversión de la misma.

Parafraseando a HIGHTON y WIERBZA², si bien se admite en forma generalizada y cada vez más frecuente que existe un deber de parte de los médicos de informar a los enfermos acerca del tratamiento propuesto, existen amplias divergencias en cuanto a cómo debe medirse

² *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, 2006, p. 244.

tal deber, a qué se debe informar, a qué niveles de información debe acceder el paciente, a cómo o con qué standard debe ser medido tal deber, a quién tiene la carga de establecer la ausencia de adecuada información, a cuáles son las medidas de prueba o cómo se acredita que un paciente se hallaba informado, desinformado, adecuada o inadecuadamente informado por habersele o no dicho lo necesario en el momento de prestar su consentimiento; o, en el supuesto de no haberlo prestado, a quién corresponde y por qué medios, si las informaciones efectuadas se ajustaban o no a aquellas que debían divulgarse bajo las mismas o similares circunstancias.

CAPÍTULO PRIMERO

NATURALEZA DEL CONTRATO QUE LIGA AL MÉDICO CON EL PACIENTE

Centrándonos en el tema de estudio que nos ocupa, esto es, la naturaleza del contrato que liga al médico con el paciente, la doctrina ha sostenido que la obligación del médico frente al paciente, en los supuestos llamados de medicina curativa o asistencial, es una obligación de medios y no de resultados, ya que el facultativo debe procurar la salud del enfermo mediante el uso de los medios idóneos de que disponga, pero sin considerar la curación como un resultado ineludible y de obligado cumplimiento¹. Sin embargo, en la medicina voluntaria o satisfactiva lo que se pretende conseguir es un resultado. Por tanto se distingue, por un lado, el contrato de arrendamiento

¹ Vid. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1985, p. 60; AAVV, *Manual sobre responsabilidad sanitaria*, Abogacía General del Estado, Navarra, 2009, p. 366; GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, 2002, p. 22; FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5.ª ed., Granada, 2008, pp. 29 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos», en L. MARTÍNEZ CALCERRADA y R. DE LORENZO MONTERO (dirs.), *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, t. I, Madrid, 2001, pp. 97 y ss.; GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, p. 1698; BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Barcelona, 2003, p. 69; JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 7 y ss.

de servicios y, por otro, el contrato de obra. La diferencia entre un contrato y otro radica fundamentalmente en el tipo de obligación que en cada caso nace, pues si del contrato de servicios no nace para el médico más que una obligación de medios o de mera actividad en la que la prestación se nutre sólo del comportamiento —activo u omisivo— del facultativo, en el contrato de obra o de ejecución de obra la prestación del médico va más allá de su mero comportamiento, pues requiere, en todo caso, la consecución de un resultado esperado².

La doctrina se ha ocupado de definir y distinguir las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado. Así, por ejemplo, LOBATO³ proporciona el siguiente concepto:

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

² BADENAS CARPIO, «La responsabilidad civil médica», en REGLERO CAMPOS, (coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, p. 257. Sobre la distinción entre ambos tipos de obligaciones, *vid.*, más extensamente, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 651 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

³ LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 653.

del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación.

En parecido sentido, GITRAMA⁴ afirma que en el arrendamiento de servicios (obligación de medios) se despliega una actividad en interés de otro sin prometer el resultado de dicha actuación, mientras que en el de obra (obligación de resultado) se promete la concreción final de la actividad desplegada en el resultado perseguido, es decir, en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado⁵.

Poniendo el acento en la diligencia del médico, MORENO QUESADA⁶ hace una distinción entre las obligaciones de medios, de actividad o pura diligencia y las de resultado. Estas últimas las define como «aquellas en las que se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor»; y define la obligación de medios como «aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación».

De igual manera, JORDANO FRAGA⁷ entiende que en la obligación de resultado el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de este concreto resultado el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo

⁴ «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios Serrano*, I, Valladolid, 1966, p. 353.

⁵ En opinión de LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 682, en la práctica resultará dudoso muchas veces determinar si un contrato ha de ser calificado como arrendamiento de obras o de servicios, puesto que, según este autor, toda prestación tiende, por esencia, a la satisfacción de un interés, a un resultado que el acreedor juzga útil. Es evidente que al contratar un servicio perseguimos un resultado, luego de ahí que sea preciso encontrar un adecuado criterio para la calificación auténtica del contrato.

⁶ «Problemática de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp. 474 y ss.

⁷ *Op. cit.*, p. 7.

debido por éste; en cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor — en lo debido por éste —, el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente determinada.

Refiriéndose al interés primario que tiene el paciente, CABANILLAS SÁNCHEZ⁸ opina que, cuando la obligación es de actividad, el deudor está obligado a desarrollar, a favor del acreedor, una determinada conducta, encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor; sin embargo, debido al carácter aleatorio o incierto de dicho resultado, el deudor no garantiza su obtención y cumple si actuó con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. Cuando la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado que constituye el interés primario del acreedor.

De forma aislada, algún autor, como MARTÍNEZ-PEREDA⁹, sostiene que el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, sino insistir en el deber de información que tiene que abarcar todos los riesgos posibles, incluso los que sólo se producen excepcionalmente, ya que el profesional conoce los riesgos quirúrgicos y los resultados fallidos en la estadística.

En consecuencia, lo que el paciente le exige al médico no es la curación, sino la utilización diligente y correcta de los medios que, en el estado actual de la ciencia y de las técnicas médicas, son considerados como los más apropiados para alcanzar la mejoría del estado del paciente. Y si, en caso de curación consecutiva al empleo de medios inapropiados o empleados sin la debida diligencia, no se incurre en responsabilidad, no es porque la obligación no haya sido cumplida, sino porque, en tal caso, no existe perjuicio¹⁰.

⁸ *Las obligaciones...*, cit., pp. 29-30.

⁹ *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997, p. 346.

¹⁰ Cfr. LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 669. Este autor, siguiendo a MENGONI, señala que en las llamadas obligaciones de resultado, el resultado debido consiste en una realización final con la que se satisface plenamente el interés económico del acreedor, el interés que ha determinado el nacimiento del vínculo; por el contrario, el objeto de las obligaciones llamadas de medios es sólo un comportamiento cualificado por un cierto grado de conveniencia o utilidad en orden a aquel fin, cuya realización no está en sí misma comprometida en la órbita de la relación obligatoria; es decir, aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso: en

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, la distinción entre arrendamiento de servicios, en el que se promete una actividad, y el contrato de obra, en el que se exige el resultado de la actividad, ya fue señalada por el TS en Sentencia de 4 de febrero de 1950, que si bien no hace referencia específica a la relación médico-paciente, sí se refiere a las profesiones liberales, considerando que: «Aún admitiendo que los servicios ofrecidos por los letrados y otros profesionales liberales constituyen generalmente un contrato de arrendamiento de servicios, la relación contractual entre el letrado y su cliente también puede aparecer como un contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen».

De cita obligada por su importancia es la STS de 26 de mayo de 1986, pues fue la primera que definió la obligación de medios (y es de las pocas que vienen fundamentadas en la acción de responsabilidad contractual del art. 1.101 CC). Esta Sentencia, relativa a una operación quirúrgica con posterior infección y fallecimiento del paciente, diferencia ambos tipos de obligaciones al considerar que «(...) de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles “toda clase de complicaciones”, y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación (...) todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica»¹¹.

un caso (obligaciones de medios) es un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia, técnica o no), y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física.

¹¹ El supuesto de hecho es el siguiente: 1.º Don Lorenzo padecía una úlcera duodenal sometida a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado; 2.º El demandado, observada la friabilidad que presentaba el duodeno al realizar la operación previó un fallo de sutura, por lo que hizo un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal; 3.º Posteriormente el enfermo observó complicaciones, que hicieron que a los ocho días de la operación, el propio médico demandado le practicara una laparotomía en fosa ilíaca izquierda, procediendo a la extracción de líquido

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

Se explicita también el contenido de la obligación de medios en la Sentencia de 25 de abril de 1994, si bien se trata de un supuesto de

sero-purulento que se había formado y a la colocación de un segundo drenaje; 4.º Tres días después, y visto que el enfermo empeoraba, se le trasladó a otro hospital, lo que ordenó el mismo demandado, puesto que allí existían mejores medios para tratar adecuadamente al paciente, siendo pocos días después nuevamente operado, ahora por otros médicos, y falleciendo a los dos días de esta última operación. Se desestima la pretensión indemnizatoria de la viuda al considerar «que el demandado procedió como un buen técnico en la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo». La doctrina de la presente sentencia ha sido recogida en numerosas sentencias, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 1988, 7 de febrero de 1990, 12 de diciembre de 1990, 16 de abril de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 15 de febrero de 1993, 15 de noviembre de 1993, 29 de marzo de 1994, 26 de septiembre de 1994, 10 de octubre de 1994, 22 de abril de 1997, 27 de junio de 1997, 21 de julio de 1997, 16 de diciembre de 1997, 6 de febrero de 2001, 10 de abril de 2001, 14 de mayo de 2001, 19 de julio de 2001.

obligación de resultados, puesto que resuelve un caso relativo a una vasectomía¹². Se trata de la primera sentencia del TS que se centra exclusivamente en el deber de información al paciente (otras muchas se refieren al consentimiento informado). En ella se considera que la obligación que une al médico con el paciente es de arrendamiento de servicios (si bien después considera que se parece a un contrato de obra, para exigir una mayor garantía en la obtención del resultado), obligación que puede condensarse en los siguientes deberes imputables al médico:

- a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento de manera que (...) la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*¹³, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o a la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo;
- b) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, que pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan

¹² Vid. comentario a esta Sentencia por LLAMAS POMBO, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, núm. 36, pp. 1005 y ss.

¹³ Señalando LLAMAS POMBO, Comentario a la STS de 25 de abril de 1994, cit., p. 1013, que el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* debe hacerse con arreglo a las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar a que se refiere el art. 1.104 CC.

resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado;

- c) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y
- d) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.

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

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

1. La STS de 9 de junio de 1997, en un caso de paciente con diagnóstico de amigdalitis con resultado de hemiplejía izquierda secundaria, señala que: «Conforme reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento».
2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997 resuelve el caso de una paciente que sufre una anoxia

cerebral consecuencia de una operación de timpanoplastia correctora de otitis crónica supurada, con anestesia general, controlada por un aparato con un sistema de alarma que no fue probado por el anestesista antes de la intervención, y al realizar la misma no sonó la alarma que hubiera evitado la lesión de la demandante. En esta Sentencia se analiza la diferencia entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado, indicando que «la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples Sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: “una doctrina reiterada de esta sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados

- que con ello se obtenga”. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».
3. La Sentencia del TS de 3 de octubre de 2000 se centra en la diligencia del médico. En ella se manifiesta que «(...) es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención».
 4. En la STS de 26 de julio de 2005, el supuesto de hecho es el siguiente: tratamiento de fotodepilación con resultado de quemaduras. Considera el TS que «(...) en modo alguno puede conceptuarse la relación contractual habida entre las partes como un contrato de prestación de servicios, mediante el cual la demandada, únicamente, pudiera responder por su obligación de prestar “los medios” para paliar o curar una situación previa de la actora, sino que muy por el contrario, hallándonos ante un caso de actuación médica meramente satisfactiva, de carácter voluntario, la relación entre médico-paciente se constituirá como un contrato de ejecución de obra, donde el profesional está obligado a proporcionar al paciente el resultado estético comprometido».
 5. La STS de 24 de enero de 2007 afirma que «(...) es reiterado criterio de esta Sala, que la obligación del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados sino de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia;

además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada la responsabilidad objetiva, ya que a la relación causal ha de sumarse ese reproche culpabilístico» (en el mismo sentido, STS de 10 de junio de 2008).

En la mayoría de las ocasiones, a lo único que se compromete el médico, después de asumir, a través del contrato, su deber de asistencia, es a desarrollar la actividad adecuada a las reglas de su profesión —*lex artis ad hoc*—, para procurar un mejor estado de salud al enfermo. A lo que no puede comprometerse el facultativo es a obtener, en todo caso, su absoluta recuperación, puesto que en la actividad médica siempre interviene el azar, que tiene que ver con las complejas circunstancias que necesariamente rodean la tarea del médico y escapan a su control. Por ello, salvo casos excepcionales, la relación jurídica que vincula al médico con su paciente consistirá en un contrato de servicios y la obligación asumida por aquél será una obligación de medios. Solamente cuando el comportamiento del médico quede vinculado más allá de la realización de una mera actividad y condicionado a la obtención de un resultado, que forme parte de la prestación, la relación jurídica podrá ser calificada como contrato de obra y la obligación del médico una obligación de resultado¹⁴.

Por *lex artis ad hoc* se entiende, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 (que reproduce el concepto dado en la STS de 11 de mayo de 1991), «aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida» (derivando de ello el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas las siguientes:

1. Como tal *lex* implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la citada conducta.

¹⁴ Cfr. BADENAS CARPIO, *op. cit.*, p. 257.