

EL «RESULTADO» EN LA OBLIGACION DEL MEDICO. ¿IDEAS SENSATAS QUE PUEDEN VOLVERSE LOCAS?¹

Ricardo de Angel Yágüez

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto. Bilbao, España

Sumario: I. Intento de justificar un título extraño. II. Obligación de medios y obligación de resultado. III. La doctrina del «resultado desproporcionado».

I. Intento de justificar un título *extraño*

El *título principal* de este trabajo obedece al propósito de formular alguna consideración sobre lo que puede significar (o no) una palabra, «resultado», en nuestras disquisiciones sobre la responsabilidad del médico. Y se me ha ocurrido un subtítulo que recuerda aquel pasaje de Chesterton² en el que decía que «*el mundo está lleno de ideas cristianas que se han vuelto locas*». Parafraseándole, me ha parecido que podía rotularse la exposición con una rúbrica *chocante*, esto es, destinada a causar extrañeza, que dice nuestro diccionario, o simplemente a llamar la atención.

Porque, en efecto, lo que planteo, simplemente a efectos de inspirar alguna reflexión, es la posibilidad de que cuando en el *discurso* sobre la responsabilidad contractual del médico decimos que, en ocasiones, su obligación es *de resultado*, no *de medios* o *de actividad*, así como cuando afirmamos que se produce una inversión de la carga de la prueba, desplazando sobre el médico la demostración de su propia diligencia si se produce un «*resultado desproporcionado*», acaso estemos utilizando unos conceptos en sí mismos sensatos o razonables, pero que corren el riesgo de «volverse locos».

¹ Este trabajo es la contribución del autor al Libro-homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, con motivo de su jubilación como Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Salamanca.

² El autor, en el tono que le caracterizaba (mitad humorístico, mitad desgarrado, pero casi siempre intentando combatir tópicos), se refería a las manifestaciones de *cierto feminismo* de su tiempo.

II. Obligación de medios y obligación de resultado

1. Desde que Demogue la pusiera en circulación en la primera mitad del siglo pasado³, esta distinción se ha afinado en la teoría general de la obligación, estando presente en todas las obras de carácter general y dando lugar, a su vez, a una copiosa bibliografía monográfica⁴.

No obstante, existen entre los autores considerables divergencias respecto al alcance que debe atribuirse a la distinción, es decir, sobre sus consecuencias, tanto en el plano sustantivo como en el procesal⁵. Dicho de otro modo, no se trata, en absoluto, de una construcción doctrinal *pacífica*.

En este momento, sin entrar en mayores profundidades, me limito, en primer lugar, a transcribir lo que Jordano Fraga⁶ dice como formulación más sintética del significado de la distinción. 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 (*opus*: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la constitución del vínculo obligatorio) el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. En cambio, cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del *facere* se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en 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 enderezada.

En segundo término, cumple resumir qué significado, en el sentido de consecuencias, se suele asignar a la distinción que me ocupa.

³ DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, V, París, 1925, y VI, París, 1931.

⁴ En nuestra doctrina, son dignos de mención, al menos, los siguientes trabajos: JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, y «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, enero-marzo 1991, pp. 5-96, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

⁵ Me remito a la abundante aportación bibliográfica y a los finos análisis de los dos autores españoles que acabo de citar. Especial mención, en cuanto «denuncia» de la relatividad de la distinción, merece el trabajo de MENGONI, «Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi”», en *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, primera parte, pp. 185-209, 280-320 y 366-396. Se trata, a mi entender, de una obra capital sobre la materia, con una formidable documentación de Derecho romano y Derecho común. Destaca, como decía, la ponderada valoración que se hace de la distinción *medios-resultado*, que el autor lleva a los que creo que son sus justos límites.

⁶ *Obligaciones de medios...*, p. 7.

A tal efecto, puede acudirse a la síntesis de Díez-Picazo⁷, cuando señala:

Existe un diferente criterio en orden a la forma de cumplimiento de cada una de las obligaciones y, a la inversa, la del incumplimiento. En la obligación de medios, el deudor cumple y, por consiguiente, se libera, al satisfacer el derecho del acreedor desplegando la actividad en sí misma. En la obligación de resultado, en cambio, sólo hay verdadero cumplimiento cuando el resultado ha sido obtenido. De lo anterior se desprende un sistema diverso en orden a la distribución de los riesgos y a la incidencia del caso fortuito. En caso de falta de obtención del resultado, el derecho a la contraprestación sólo se conserva si ha existido *mora accipiendi* o la imposibilidad ha sido debida a causa imputable al acreedor.

La diferencia se ha colocado también en el diferente papel que la diligencia cumple en uno y otro tipo de obligaciones. En las obligaciones de resultado, la diligencia es lo que Díez-Picazo llama pura diligencia promotora, mientras que en las obligaciones de medios la diligencia es el objeto mismo de la obligación.

Diversa distribución de la carga de la prueba de justificación de la imposibilidad de cumplimiento. Si el deudor compromete un resultado y el resultado no se produce, deberá ser considerado como incumplimiento, a menos que él mismo pueda justificar la existencia de un caso fortuito. En cambio, si no se comprometió el resultado, habrá de ser el acreedor quien demuestre la existencia de falta de diligencia en el deudor⁸.

2. Es conocido el *entusiasmo* con el que la jurisprudencia acude a la distinción en juicios sobre responsabilidad del médico. Curiosamente, tanto cuando razona en el plano y en términos de responsabilidad contractual, como cuando (con dudosa lógica) lo hace en los de la extracontractual⁹.

Forzoso es recordar, con la necesaria brevedad, que en materia de responsabilidad médica el Tribunal Supremo viene manteniendo una

⁷ *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen segundo, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 247.

⁸ Díez-PICAZO advierte que este último punto de vista (característico de la jurisprudencia francesa) había sido criticado por JORDANO FRAGA, para quien no existen principios relativos a la carga de la prueba que sean distintos (pp. 74-96 de este último autor).

⁹ También MENGONI utilizó la palabra *entusiasmo* al referirse a la acogida de la distinción de DEMOGUE por parte de muchos autores franceses, inspirados en el Tribunal de Casación (p. 185). Por otra parte, estimo dignas de toda consideración las razones invocadas por MENGONI contra la aplicación de la distinción en el terreno de la responsabilidad extracontractual (pp. 313-315).

doctrina que gira en torno a dos afirmaciones: que la obligación contractual del médico es de medios, no de resultado, y que para que el profesional pueda ser condenado, es necesario que se pruebe (por el demandante, se entiende) la culpa del facultativo, esto es, la violación por su parte de los deberes de pericia y diligencia que se sintetizan en la conocida expresión de *lex artis*.

Esta doctrina viene reiterándose en incontables sentencias. Y aunque no sea fácil encontrar una de la que pueda decirse que es «la primera», procede la cita de un pasaje de la de 26.5.86, que confirmó la absolución del médico demandado. Se dijo en ella: *«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; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos,...»*¹⁰.

Esta doctrina se repite en muchísimas resoluciones hasta el día de hoy, inspiradas sobre todo por la, a mi juicio, excelentemente argumentada y tan bien redactada de 7.2.90.

3. Pero también hace ya tiempo que en la jurisprudencia se ha instalado la afirmación de que, en ocasiones, la obligación del médico es de resultado. Una de las primeras sentencias que desarrolló un *cuero de doctrina* en relación con la distinción entre obligaciones de actividad y de resultado, precisamente en materia de responsabilidad médica, fue la de 22.4.97. Declaró en uno de sus fundamentos jurídicos:

«Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción de la responsabilidad derivada de delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extra

¹⁰ Interesa recordar que la Audiencia había absuelto al médico *«por estimar que aquél procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del 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»*.

contractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia... La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. 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,...».

Se insistió en estas ideas (aunque en algunas de ellas sin énfasis en la presunción de culpa) en las sentencias de 28.6.87 (operación de *lifting* y fallecimiento del paciente), 2.12.97 (operación de alargamiento de las piernas para alcanzar mayor estatura) y 13.4.99 (fallecimiento por asfixia mecánica ocasionada por un edema de glotis secundario).

Se encuentra una aplicación de la distinción que nos ocupa, en el ámbito de la Odontología, en la sentencia de 28.6.99. Procede reproducir los hechos que el Tribunal Supremo consideró probados, como «piedra de toque», al menos *a sensu contrario*, de la solidez (*como único criterio de decisión*) de la distinción conceptual que nos viene ocupando. Luego volveré sobre esto.

Como tales «hechos probados», la Sala declaró: «*Todo lo cual se resume en que si el dictamen pericial es ilógico o absurdo, puede ser revisado en casación. Y en el presente caso, el dictamen pericial que obra en autos de primera instancia y constan aclaraciones en el rollo de apelación (ordenadas para mejor proveer) es impreciso y muy poco*

clarificador: no parece admitir incorrecciones en el tratamiento médico, pero tampoco se pronuncia específicamente sobre la bondad del mismo, no se define ni contradice el informe del Colegio de Odontólogos que clarísimamente mantiene la incorrección del tratamiento del médico demandado, acepta el tratamiento de éste durante nueve años y fueron otros médicos los que dejaron la boca rehabilitada, rehabilitación que expone en las aclaraciones ante la Audiencia Provincial, aclarando qué significa “rehabilitación”; es decir, otro médico ha arreglado lo que el médico demandado no ha hecho en nueve años de doloroso tratamiento; afirma que la boca ha sido rehabilitada (“reposición de la función tomada en un conjunto”), pero no por el médico demandado, sino posteriormente. Es ilógica y absurda la valoración que de este dictamen hace la sentencia de instancia, que, tras destacar la fiabilidad del dictamen pericial, en un breve párrafo (el último del fundamento 4.º) expone su valoración y concluye que “no puede sentarse que el tratamiento fuera incorrecto o mal aplicado...”; ilógicamente y absurdamente contempla un caso de tratamiento dental de nueve años, que no obtiene el resultado idóneo, que se rehabilita la boca por otros médicos y, pese a ello, valora la prueba pericial en el sentido de excluir toda responsabilidad al médico demandado».

En el fundamento jurídico tercero, la sentencia dijo: «Primero. La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1.544 en relación con el 1.583 del Código Civil, es aquél por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7.2.90, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: “...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...”.

Segundo. En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear (“rehabilitar” dice el dictamen pericial) la boca del paciente,

demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación —obligación del resultado— tal como se deduce del dictamen pericial, debidamente valorado y puesto en relación con la prueba de confesión, ambas pruebas objeto de los motivos primero y tercero de casación que se han estimado. Por tanto, se estima también el motivo de casación quinto por entenderse infringido el artículo 1.583 (en relación con el 1.544 del Código Civil) al no subsumir la sentencia de instancia la obligación del médico como derivada de contrato de obra, obligación de resultado que no se obtuvo; y el motivo cuarto, por entenderse infringido el artículo 1.101 del Código Civil ya que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta el incumplimiento de la obligación de resultado, resultado que no obtuvo e incumplimiento imputable al deudor de tal obligación, el médico; cuya imputabilidad deriva de la no prueba (ni siquiera alegación) de caso fortuito (artículo 1.105) y presunción de culpa contractual (que deriva como principio general, del artículo 1.183 del Código Civil); y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación».

Creo que también contribuye a dudar de la solidez de un razonamiento basado sólo en la obligación de resultado la sentencia de 11.12.01. La formulación teórica se halla en el fundamento jurídico tercero, que reza: *«Se ha reiterado en numerosas sentencias que la obligación del médico es una obligación de actividad (o de medios) en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad y excepcionalmente es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba y que han destacado, entre otras, las sentencias de 22.4.97, 27.6.97, 21.7.97 y 13.12.97. A su vez, un daño causado por la actuación médica, es decir, la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar del contrato, si bien esta Sala ha mantenido reiteradamente la yuxtaposición de responsabilidades: sentencias de 28.6.97, 10.11.99 y 30.12.99. La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo. En caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (caso de la sentencia de 13.12.97) o se prueba que no lo hubo (sentencias de 31.12.97 y 13.4.99) o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (sentencias, entre otras, de 29.6.99 y 9.12.99). En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en sentencias de 28.6.97, 2.12.97, 28.6.99, 24.9.99 y 2.11.99».*

A renglón seguido, la sentencia ahondó en modalidades de obligación de resultado en materia médica. Dijo al respecto el fundamento jurídico cuarto: *«El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y añade: “proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue”; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso.*

Son los casos que la jurisprudencia ha tratado: operación de cirugía estética (lifting) en la sentencia de 28.6.97, tratamiento para alargamiento de las piernas en la de 2.12.97, colocación de dispositivo intrauterino anticonceptivo en la de 24.9.99 e intervención en oftalmología en la de 2.11.99. La sentencia de 28.6.99 contempla el caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda; es un tema de gran similitud al presente».

Luego, la resolución aplicó estos principios al caso enjuiciado, a cuyo fin dijo en un primer pasaje: *«Estudiando la aplicación normativa, “quaestio iuris”, sin entrar en la relación de hechos, “quaestio facti”, el motivo no puede prosperar: la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que de común acuerdo —él y la paciente demandante— tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo el resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que desplazarse a los Estados Unidos de América, donde sí lo obtuvo. El incumplimiento de su obligación de resultado, obligación contractual, se advierte claro, al que se ha aplicado correctamente el artículo 1.103 del Código Civil sin infracción del artículo 1.902 ni del 1.105, ambos del mismo cuerpo legal, ya que no hay prueba alguna de un hecho fortuito o de fuerza mayor que haya sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico demandado».*

Y en otro ulterior manifestó: *«En el motivo segundo se enuncia como infringido el artículo 1.214 del Código Civil relativo a la doctrina de la carga de la prueba: no se ha infringido; en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual*

no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el mal resultado ha sido por causa de la actividad médica».

En la sentencia de 25.10.02 se resolvió la demanda contra una clínica dental y el INSALUD. El Juzgado había desestimado la demanda. La Audiencia confirmó la resolución del Juzgado, excepto en materia de costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, diciendo: *«Conviene por lo antes expuesto declarar los hechos estimados probados en la instancia, en que se encuentran conformes las sentencias de primero y segundo grado, para determinar, a su vista, si se ha infringido por la sentencia de la Audiencia de Avila el artículo 1.902 y la jurisprudencia que lo desarrolla, que se aducen en el motivo único como vulnerados. Con relación al demandado, médico odontólogo, don Luis Angel M. G., hay que consignar que practicó al hoy recurrente en casación cuatro endodoncias en las piezas dentarias números 17, 45, 34 y 35 y el posterior empaste de las mismas y ello se practicó, tras una primera consulta realizada el 27 de mayo de 1993, los días 29 de julio, 13 y 20 de agosto, 7 y 17 de septiembre y 8 y 15 de octubre de 1993. La imputada responsabilidad reparatoria de tal profesional radicaría, a juicio de la demandante, en que al realizar el último empaste en las piezas 34 y 35, contrajo el señor H. O. una osteomielitis, o bien que sufriendo una infección en la mandíbula inferior, no fue correctamente diagnosticado, ni tratado adecuadamente.*

Es desmentido en la instancia —lo referente al tratamiento inadecuado— por ambas sentencias y con apoyo en la prueba practicada en los autos, el reproche de que a consecuencia de las endodoncias contrajo una osteomielitis, enfermedad inflamatoria infecciosa causada por gérmenes piojenos a nivel del tejido óseo, porque en las radiografías de las piezas dentarias no se aprecia ninguna zona compatible con infección residual, las endodoncias pueden estimarse correctamente realizadas y resulta excepcional que de una endodoncia derive un proceso osteomielítico, siendo, por otra parte correcto y, por tanto, conforme a la “lex artis” que transcurra el plazo de un mes, tras la práctica de la endodoncia, para practicar el corriente empaste de la pieza dentaria, tras comprobar la ausencia de infección... Como el resultado no se ha producido por la conducta del demandado, el motivo parece ... Otro tanto cabe decir respecto al Instituto de la Salud, con relación a los Centros Ambulatorios de Avila, Nuestra Señora de Sonsoles de la misma localidad y complejo hospitalario de Salamanca... También la prueba practicada en la instancia enerva tales imputaciones, porque añade que el demandante era alérgico a la penicilina y sus derivados y resistente a determinados antibióticos, que precisó colubio en el trata-

miento, pero se aplicó un tratamiento adecuado y aún habría que añadir que el sistema inmunológico del recurrente estaba deteriorado con anterioridad a la infección por haber padecido alcoholismo crónico, aunque no bebiese en tales fechas y por haber sido toxicómano por haber ingerido hachís y cocaína. Por último, rechazó el demandante un tratamiento más agresivo para eliminar completamente la infección. Todo ello hace obligado el rechazo del motivo, tanto en lo referente a la causalidad de su infección, atribuida gratuitamente al odontólogo demandado, como al reproche de falta de cuidado, imputado al mismo y a los centros en que fue atendida su dolencia».

Volvió sobre la distinción entre obligación de medios y de resultado la sentencia de 26.3.04, dictada en la reclamación formulada por la madre de un niño que, habiendo sufrido una caída de bicicleta, fue asistido en un hospital del INSALUD. La sentencia del Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de la demandante, contra la sentencia de la Audiencia que había desestimado íntegramente la demanda. Dijo la Sala Primera: *«En sede de responsabilidad médica, tanto contractual como en la extracontractual, la culpa así como la relación de causalidad entre el daño y el mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente. Esta doctrina sobre la carga de la prueba se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado: 1.º. Cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de “locatio operis” (25.4.94 y 11.2.97); y 2.º. En aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas y probadas por la instancia el daño del paciente o es desproporcionado o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las sentencias de 29.7.94, 2.12.96 y 21.7.97 (sentencia de 19.2.98)».*

Más adelante, la sentencia declaró: *«La medida de la culpabilidad no está en la clásica diligencia del buen padre de familia, sino en el cumplimiento de los deberes médicos; no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo; no procediendo tampoco la presunción de culpabilidad que supone una inversión de la carga de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales y los casos de las actuaciones que lleven aparejada una obligación de resultado (cirugía estética)».*

Recientemente, se insistió en estos criterios en la sentencia de 29.10.04, recaída en una de las ya abundantes demandas basadas en el fracaso de intervención quirúrgica encaminada a la esterilización, esto es, a la ligadura de trompas o a la vasectomía (sobre todo, de esta última).

La resolución declaró no haber lugar al recurso de casación del actor, pero fue porque no había probado su paternidad respecto de la criatura que su esposa había alumbrado. Ello no impidió que el Tribunal Supremo recordara doctrina contenida en sentencias anteriores sobre el mismo episodio de la vasectomía real o supuestamente fallida. Dice la resolución en un pasaje: *«El primero de ellos, es la corrección de la intervención médica de vasectomía; se ha insistido en que el contrato que vincula al médico y paciente es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (ya lo dijo la antigua sentencia de 21.3.50 y lo dicen las modernas de 28.6.97 y 22.7.03), de odontología (sentencias de 28.6.99 y 11.12.01), oftalmología (sentencia de 2.11.99) y, asimismo, en la intervención de vasectomía, lo que ya apunta la sentencia de 11.2.97 que dice literalmente: “no cabe duda que el resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la “locatio operarum” y una “cirugía satisfactiva” (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la “locatio operis”, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. En este orden ha sido, también, una demanda por incumplimiento contractual en atención a que la operación de vasectomía no produjo los resultados esperados, lo que originó la reclamación resuelta por esta Sala en sentencia de 31.1.96».*

3. Pero todo lo que precede, como decía al principio, no es más que un mero recordatorio, como punto de partida para formular alguna consideración en torno a la *razonabilidad* de la aplicación de la distinción entre obligación de medios y de resultado al caso de la responsabilidad del médico.

En primer lugar, aun sabiéndome incurso en la ligereza de introducirme en un terreno que no me es propio, me permito el atrevimiento de poner en duda que la (supuesta) diferencia *conceptual* romana entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* sea soporte suficiente para, no ya distinguir entre obligación de medios y de resultado, sino para llevar las consecuencias del binomio al terreno de la responsabilidad del médico por un alegado defectuoso cumplimiento de su prestación.

Y, anticipándome un tanto, aventuro la opinión de que la distinción que me ocupa (medios-resultado) sólo tiene sentido a efectos de afirmar que el médico responde cuando no cumple en absoluto, o cumple defectuosamente, una *prestación profesional* cuyo objeto consiste, *exclusivamente*, en la entrega de una cosa; entendida esta última palabra en su más estricta acepción de *bien de naturaleza corporal y tangible*.

Para empezar, la palabra «resultado» (*efecto y consecuencia de un hecho, operación o deliberación*) es lo bastante vaga¹¹ como para llevarla, en el punto que nos ocupa, a un terreno que no sea el de las *cosas* en el sentido que acabo de decir, esto es, el de bienes tangibles.

De otra parte, como pone de manifiesto Montés Penadés¹², la distinción entre medios y resultado no debe ser exagerada, porque es evidente que las prestaciones de medios incluyen instrumentalmente prestaciones de resultado. Hay «resultados» que, aun cuando no sean la *perfectio* o *consumatio operis*, pueden estimarse como útiles en sí mismos. Así, dice el autor, el médico no promete la curación, pero se obliga a un determinado acto (una operación, una intervención, una exploración) que son un resultado, instrumental si se quiere, pero apreciable en y por sí mismo¹³.

¹¹ Con acierto, la sentencia de 10.6.75 se cuidó de decir algo que, aunque obvio, no sobra: «...*toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado*». La resolución se refería, precisamente, a la distinción entre arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios. Lo que en aquel pasaje se hacía era —opinión que comparto— poner en entredicho la tópica afirmación de que para suponer la existencia de un arrendamiento de obra *es suficiente* que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado.

¹² «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión*, Madrid, 1995, p. 44, siguiendo a LÓPEZ LÓPEZ (en trabajo inédito).

¹³ Añade MONTÉS PENADÉS: «*Por otra parte, la obtención del resultado implica siempre un cierto grado de diligencia, y en todo caso una actividad, cuya imposibilidad o dificul-*

4. Pero además, como decía antes, quizá no sea correcta la afirmación de que la obtención de un «resultado» (distinto del consistente en la entrega de una cosa por el deudor al acreedor, se entiende) estuviera en la raíz de la diferencia, en Roma, entre la *l.c. operarum* y la *l.c. operis*.

Espigando en la obra de algunos romanistas¹⁴, extraigo las siguientes apreciaciones (sería fatuidad decir conclusiones, porque no me he visto en la necesidad de consultar las fuentes romanas):

Tanto si se acepta, como si no, que en el Derecho romano prejustiniano (o incluso en el justiniano) se consideraran figuras diferentes la *l.c. rei*, la *l.c. operarum* y la *l.c. operis*¹⁵, como si se admite, o no,

tad puede en ocasiones ser valorada, y por ello también el esfuerzo más o menos diligente del deudor en ese orden. Finalmente, muchos deberes o prestaciones de medios o de diligencia están rodeados de deberes de conducta o deberes auxiliares que no consisten en mera diligencia. Así, la custodia de las cosas entregadas por el comitente al mandatario. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado puede ser útil, no obstante lo indicado, para indicar la existencia, en nuestro sistema, de obligaciones de hacer en que el deudor está vinculado a conseguir un resultado determinado, asumiendo los riesgos de ese resultado que debe ser entendido como perfectio o consumatio operis».

¹⁴ Como se verá, me limito a obras de carácter general, en bastantes casos *manuales*, porque considero que es suficiente a los fines que persigo. Las citas se hacen en orden cronológico, en función de la edición que en cada caso he utilizado, esto es, con independencia de la primera correspondiente a cada obra. Las referencias son a: DÍAZ GONZÁLEZ, *Instituciones de Derecho romano*, 2.^a ed., II, Barcelona, 1913, pp. 381-386; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6.^a ed., París, 1918, pp. 578-585; SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, 17.^a ed., versión en español, Madrid, 1928, pp. 395-399; PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano*, traducción española de la 9.^a ed. francesa, Madrid, 1940, pp. 391-392; SANTA CRUZ TELEJERO, *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1946, pp. 407-410; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., Milán, 1947, pp. 289-299; VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Milán, 1954, pp. 391-395; DI MARZO, *Manuale elementare di diritto romano*, Turín, 1954, pp. 256-259; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción de la ed. inglesa, Barcelona, 1960, pp. 518-525; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padua, 1960, pp. 219-252; ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 8.^a ed., Madrid, 1960, II, pp. 622-629; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 4.^a ed., Milán, 1965, pp. 497-506; KASER, *Derecho romano privado*, traducción española de la 5.^a ed. alemana, Madrid, 1968, pp. 197-202; BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, traducción española de la 8.^a ed. italiana, 5.^a ed., Madrid, 1979, pp. 496-499; GUARINO, *Diritto privato romano*, 6.^a ed., Nápoles, 1981, pp. 779-791; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, 2.^a ed., Madrid, 1982, I, pp. 415-417; ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 10.^a ed. italiana, Buenos Aires, 1986, pp. 384-388; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 461-472; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3.^a ed., Turín, 1991, pp. 567-572; MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, pp. 326-328; D'ORS, *Derecho privado romano*, 9.^a ed., Pamplona, 1997, pp. 561-572; PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, Valencia, 1997, pp. 602-614; IGLESIAS, *Derecho romano*, 12.^a ed., Barcelona, 1999, pp. 264-268.

¹⁵ Extremo no relevante a nuestros efectos. Sobre este punto se manifiestan, entre otros, SCHULZ, p. 518, KASER, pp. 197-198, ARANGIO-RUIZ, p. 385, PUGLIESE, pp. 567-568, o IGLESIAS, p. 264.

que en cualquiera de las tres modalidades, en su origen, se halla presente una *cosa*¹⁶, lo que encuentro en la exposición de los romanistas es, desde luego, una muy frecuente alusión al *resultado* como elemento de diferenciación entre *l.c. operarum* y *l.c. operis*.

Así, por ejemplo, en Girard¹⁷, que al establecer la diferencia entre *l.c. operarum* y *l. operis faciendi*, señala que el criterio fundamental radica «probablemente» en saber si el contrato tiene por objeto el trabajo, «abstracción hecha de su resultado».

En Sohm se dice que en la *l.c. operarum* el objeto es la prestación de una *cantidad* de trabajo, mientras que en la *l.c. operis* no basta desplegar una cierta actividad o cantidad de trabajo, sino que debe alcanzarse el «*resultado* apetecido»; una parte se obliga a poner a disposición de la otra, dice el autor, la obra acabada. Petit señala que hay *locatio operis* cuando el que presta sus servicios recibe de la otra parte *tradición de una cosa* sobre la que tiene que realizar su trabajo.

Perozzi resalta que la diferencia reside en que en la *l.c. operis* el obligado *debe sólo un resultado: opus*. Di Marzo dice que *l.c. operis* era el contrato que obligaba a proporcionar, con el trabajo propio o de otro, un *resultado* que genéricamente se llamaba *opus*¹⁸.

¹⁶ A favor, ARANGIO-RUIZ, p. 386, y en contra —con gran vehemencia—, BETTI, p. 220. La interpretación afirmativa consistiría en que en la *l.c. rei*, la *cosa* es el bien arrendado; en la *l.c. operarum*, la *presencia* de la *cosa* se encuentra en el hecho de que originariamente las actividades o los *trabajos* objeto de este contrato serían, en realidad, *consecuencia* de la *l.c. servi*, esto es, del «arrendamiento» del esclavo, de suerte que, por extensión, la *cosa* serían las *operae* de ese esclavo; en la *l.c. operis*, por fin, la *cosa* sería el objeto material que el *locator* (es decir, el que hoy llamamos comitente o dueño de la obra) *colocaba* (de *locare*) en manos de la otra parte, el *conductor*, para que éste llevara a cabo sobre él la *obra* correspondiente (el *opus*), consistente en edificar, confeccionar, reparar, lavar o cualquier otra actuación de tipo también material. A efectos de esto último que acabo de decir, téngase presente que en la *l.c. operis* se invertían las denominaciones de las partes, respecto a la *l.c. operarum*, de manera que mientras que en esta última el *locator* es quien presta su actividad de *trabajo*, en la *l.c. operis* el *locator* es el que hoy denominamos *dueño de la obra* o comitente. En efecto, se entiende que, en la *l.c. operis*, el que encargaba la obra (que, como regla general, entregaba al *conductor* los materiales con los que dicha obra había de realizarse) hacía algo así como *arrendarlos* a quien se comprometía a llevar a cabo en esos materiales la *obra* de fabricación, construcción, reparación, elaboración, confección, etc.

¹⁷ En este caso, como en los demás del presente pasaje, omito la referencia a páginas concretas, bastando las que para todos los autores he hecho en nota anterior. Advierto que, en algunos casos, los subrayados son míos.

¹⁸ Este autor añade que «tal relación de la *l.operis* con la entrega de la cosa sobre la que debiera ejercitarse la actividad, o de la materia con la que debiera llevarse a cabo la obra, explica por qué quedaron fuera del ámbito de aquélla las prestaciones de los médicos, de los abogados, de los agrimensores...».

Schulz señala que en la *l.c. operis* una parte prometía producir un cierto efecto o *resultado* con su trabajo, por ejemplo construir una casa o confeccionar un traje.

Betti, por su parte, pone de relieve que el objeto de la *locatio operis facienda* no es la actividad que el artesano o contratista¹⁹ se comprometa a desarrollar en interés del *locator* o comitente, «sino la obra (*opus*), esto es, *el resultado*» que el *conductor* pone a disposición de la otra parte. En otro pasaje, Betti reitera que en la *locatio operis facienda* el *conductor* asume la obligación de un «*resultado*»; resultado —dice el autor— de una operación (*opus*) que se ha de obtener de una materia puesta a disposición de aquél por parte del comitente o *locator*. En la misma línea, Arias Ramos, al referirse a la *l.c. operis*, dice que el objeto del arriendo no es aquí el trabajo en sí, sino *su resultado*.

Biondi contempla la *l. operis* como un desarrollo ulterior a la *l.c. rei* y a la *l.c. operarum*. En la primera, un «empresario» (*conductor*) se obliga a conseguir un *determinado resultado* a favor de la otra parte²⁰.

En Kaser, en sentido similar, se dice que si la *locatio conductio* se concierta como contrato de obra, el *conductor* se obliga a conseguir con su actividad un *determinado resultado* en una persona o cosa que le ha sido previamente entregada por quien le hace el encargo²¹.

¹⁹ Traduzco por *contratista* la palabra italiana que utiliza el autor, esto es, la de *appaltatore*, término este último al que recurre BETTI haciendo uso de la denominación que el *arrendamiento de obra* tiene en el Código Civil italiano (*appalto*). Se da la circunstancia de que entre los romanistas franceses se suele representar al *conductor* de la *l.c. operis* como *empresario*; también aquí, este modo de hablar deriva del hecho de que *entrepreneur* equivale en francés al *contratista* que decimos en castellano (y que dice el propio Código Civil español).

²⁰ Este autor acertía, a mi juicio, a explicar con claridad y sencillez la circunstancia de que en la *l.c. operis* está siempre presente una *cosa*. Dice, en efecto, en un primer lugar, que la *l.c. operis* procede de la *l. rei*: siempre hay un *locare rem*, si bien no tiene un objetivo de goce, sino el de que el *conductor* desarrolle sobre una cosa una determinada actividad (p. 498). Y más adelante (p. 504), al referirse al «*resultado*» constituido por lo que en general se llamaba *opus*, BIONDI señala que tal *opus* puede tener la finalidad, en primer lugar, de *transformar la cosa entregada* por el *locator*, o de *modificarla* (por ejemplo, una prenda al lavadero o al sastre, para que la lave o la arregle, una piedra preciosa a un artífice para que la engaste, una cosa al transportista para que la lleve a otro lugar, un esclavo para que sea instruido en un arte, una cosa con fines de custodia, siempre que no se trate de depósito); y en segundo lugar, la finalidad de que con la cosa entregada *se cree una cosa nueva* (construir un edificio, llevar a cabo una plantación, fabricar un objeto cualquiera).

²¹ Más adelante dice que «lo debido es *el resultado* de un trabajo, esto es, la obra, no como en el contrato de servicios, la prestación del trabajo simplemente». Por cierto, la *autoridad* que es KASER señala previamente que servicios tan elevados como los de preceptor en *artes liberales*, los de médico, asesor judicial, agrimensur, no estaban excluidos de la *locatio conductio*. Después de poner de manifiesto lo que a todos nos consta, esto es, que para las personas pertenecientes a las clases superiores significó un insulto a la buena tradi-

Bonfante dice que en la *l.c. operis* el objeto es *una obra determinada*. Por su parte, Guarino pone de relieve que la *locatio operis* surgió como *locatio* de una cosa al artífice, con el deber por parte de éste de transformarla, trabajando sobre ella, y de devolverla al *locator* contra el pago de una *merces*. Este autor advierte que, con el paso del tiempo, en el periodo clásico, la *locatio operis* se apartó de este *paradigma inicial* y asumió formas variables; por ello, se entiende entre los juristas clásicos que fuese *locatio operis* no sólo cuando un artífice se obligase a transformar con su trabajo y con su arte la cosa entregada por un *locator*, sino también cuando, sin haber obtenido los materiales del *locator*, el artífice se obligaba a la transformación de una cosa existente o a la creación de una cosa entonces no existente (por ejemplo, construir un edificio, fabricar una herramienta, etc.)²². En García Garrido se lee que *l.c. operis* es el «encargo de una obra por el arrendador que con este fin *entrega una cosa* al arrendatario y le paga una cantidad para que éste entregue la *obra terminada*»²³.

La palabra *resultado* está presente también en Arangio-Ruiz, al señalar que la *l.c. operarum* consiste en poner a disposición de otro, por cierto tiempo, los propios servicios, mientras que en la *l.c. operis* consiste en prometer a otro, mediante el pago de una *merces*, toda la actividad necesaria para alcanzar *determinado resultado de trabajo* (la construcción de una casa o de un anillo, el transporte de personas o cosas, el lavado de ropa)²⁴.

ción percibir una retribución por la prestación de los servicios propios de esas profesiones, por lo que la misma tradición imponía al favorecido un deber moral de corresponder a ellas con un donativo honorífico (*honorarium*), señala el autor que en el periodo clásico tardío ese honorario es concebido ya como una prestación jurídicamente debida, que podía ser reclamada judicialmente, no en un proceso ordinario, sino en el llamado *extraordinaria cognitio*. Observación esta última que se halla, por lo demás, en casi todos los autores consultados.

²² Esto, después de haber señalado GUARINO que, mientras la *locatio conductio*, en el periodo clásico, se diferenciaba en tres *especies* principales, en el Derecho justinianeo pasaron a ser consideradas como *géneros* contractuales distintos.

²³ Este autor indica más adelante que el objeto de este contrato puede ser muy variado: transportar, construir, fabricar, reparar, curar, etc. y sobre el que los juristas examinan una numerosa casuística. Entre esos «objetos», y a los efectos que me ocupan, llama la atención el de «curar», que, junto al de «instruir a un esclavo», que citan otros romanistas, es el que más dudas podría plantear sobre si por «resultado» debe entenderse «obra» (en el sentido de *cosa terminada*).

²⁴ Indica el autor que basta leer las pocas líneas que GAYO dedica a la *locatio conductio*, o recorrer en el Digesto el título respectivo, para verificar que la distinción entre las dos figuras no es la confección de los romanos. No sólo ellos no hacen nunca explícitamente esa distinción (que, añade el autor, sería esencial para orientarse), sino que tratan sin orden los casos que la doctrina moderna separa según su correspondencia a cada uno de los tres tipos de *locatio*.

Torrent, como casi todos los autores antes citados, al igual que muchos de los posteriores, pone el acento en que en la *l. operis faciendi* se entregaba *una cosa corporal* a otra persona, para que ésta realizase sobre ella una determinada actividad (la transportase, la transformase en utilidad del *locator*).

También en Pugliese se acentúa que en la *locatio operis* se encuentran dos grupos de supuestos; en el primero, los casos en los que el *locator* entrega a la otra parte *una cosa* a fin de que el segundo desarrolle sobre ella una actividad, y en el segundo, aquéllos en que lo que se conviene es un *opus faciendum*, es decir, se conviene la ejecución de una determinada obra según un determinado proyecto o modelo. En ambos casos está presente *la cosa* y, añade el autor, la obligación del *conductor* de entregar al *locator* el *opus perfectum*.

Cuando Miquel describe los elementos personales de las tres formas de *locatio*, y al referirse en concreto a la *l.c. operis*, dice que *locator* es el que pone a disposición del *conductor* unos *materiales* para que éste haga con ellos una obra. Y, al referirse al «elemento real», en la *l.c. operis*, el autor dice que el *conductor* se obliga a realizar *una obra (opus)*, porque lo que aquí cuenta no es el trabajo desarrollado, sino el *resultado* de ese trabajo.

También D'Ors identifica *l.c. operis* con la idea de «una obra encargada, que el *conductor* debe entregar terminada, sobre *una cosa* que el *locator* ha puesto *en sus manos* con este fin»²⁵. Panero caracteriza la *l.c. operis* como contrato por cuya virtud una persona suministra *materiales* a otra, para que, *con ellos*, realice una *obra (opus)* mediante un precio.

En Iglesias se encuentra de nuevo la palabra *resultado*, cuando se dice que la *l.c. operis* recae sobre el *resultado* de un trabajo, esto es, sobre el producto del mismo, ya acabado. Como ejemplos se ofrecen el transporte de cosas o personas, la confección de un traje o la construcción de una casa.

5. El elenco de obras que acabo de citar me lleva a la observación de que, aun a veces con puntos de vista diversos sobre el significado unitario o plural de las *locationes* en las fuentes romanas, los romanistas coinciden en general al distinguir entre el *simple trabajo o activi-*

²⁵ De nuevo se produce la incertidumbre, en quien no se ve en la necesidad de consultar las fuentes, como es mi caso ahora, al ver cómo entre actividades del *conductor* se encuentran, junto a ejemplos de evidente *acción* sobre *una cosa* (construir, fabricar, reparar, medir, o incluso transportar u hospedar —esto último en sentido muy figurado—), las hipótesis de «curar» y de «instruir».

dad, como objeto de la *l.c. operarum*, y el *resultado de una actividad* en la *l.c. operis*.

Pero, además, parece existir también coincidencia en que por *resultado* no se quiere decir un *buen fin* de una actividad humana (esto es, identificando *resultado* con *objetivo* o *propósito*), sino el consistente, precisamente, como decía antes, en un bien de naturaleza material o corporal.

Dan lugar a dudas (no a dudas sobre el significado *crítico* de las fuentes, sino en el sentido de incertidumbre sobre lo que podríamos llamar «la lógica de las cosas») casos como el del instruir, hospedar o curar²⁶. Por lo que se refiere al *instruir*, el obstáculo —que hoy llamaríamos *conceptual*— se solventa si tenemos en cuenta que los romanistas se refieren en general a *instruir a un esclavo*, lo que en realidad nos lleva de nuevo a *una cosa* entregada por el *locator* al *conductor*. Es tentador suponer que el *resultado* no consistiría en que, en efecto, el esclavo acabase siendo realmente *instruido*, sino en que el *conductor* lo devolviera al *locator* que lo había entregado a aquél.

También podría *resolverse* la cuestión (aunque siempre con esquemas propios de nuestro actual modo de pensar, lo cual ya es forzar un tanto las cosas, lo reconozco) en lo que respecta a la obligación de hospedar. Cabe entender que si el *fondista*, en versión de nuestro Código Civil, desarrollaba a su manera una que llamaríamos hoy *actividad empresarial*, el *resultado* (es decir, el *opus*) consistiera en proporcionar de hecho al viajero los medios que entraña el alojamiento; esto es, algo más que un *simple hacer* (en realidad, un *dar* como «prestación fundamental»).

La necesidad de especular (o la posibilidad de hacerlo, admítaseme al menos como tal) sube de tono cuando se habla de la *actividad de «curar»*.

Aunque, como hemos visto antes, en algunos romanistas se menciona la actividad del médico como ejemplo de *l.c. operarum*, se citan textos que parecen inscribirla en la *l.c. operis*²⁷. Y aquí es donde se suscita inevitablemente la incertidumbre, pues, en primer lugar, se hace

²⁶ No tanto el de transportar, pues en el desarrollo de esta actividad, en definitiva, *se actúa* sobre una cosa, aunque no haya transformación o modificación de la misma. Más complicado sería el caso de transporte de personas, pero observo que algunos romanistas, cuando hablan de transportar como objeto de la *l.c. operis*, sólo se refieren al transporte de mercancías.

²⁷ Así, D. 9, 2, 7, 8, según D'ORS (p. 569), D. 50, 13, 3, en MENGONI (p. 192, nota), o D. 9, 1, 3, D. 9, 3, 7, y D. 38, 1, 26, en NÚÑEZ PAZ, *La responsabilidad de los médicos en Derecho romano*, Gijón, 1996, pp. 90-95.

necesario extremar la ficción del *ser humano como res*²⁸. En segundo término, es necesario *entender* que el médico se obligara de verdad a obtener la curación del paciente, porque entenderlo así contravendría las reglas del sentido común, del que los juristas romanos se hallaban muy bien provistos.

Me parece que es ese sentido común el que obliga a entender en su significado natural los textos romanos, de suerte que cuando, por ejemplo, en D. 38, 1, 27 se dice que el liberto que ejerce la medicina «*debe curar gratis a los amigos de su patrono*»²⁹, debe considerarse que *curar* no es una *obligación* contraída por el liberto, sino que por *curar* tiene que interpretarse la actividad *encaminada a la curación*; esto es, un fin u objetivo, no constitutivo de obligación en sentido estricto, del mismo modo que obtener éxito en un pleito, es decir, *ganarlo*, no es sino un objetivo de la actividad profesional del abogado³⁰.

Por otro lado, no encuentro en los textos romanos ningún lugar en el que, a mi juicio, tenga cabida la obligación del médico como *de re-*

²⁸ Adviértanse los esfuerzos de imaginación que es necesario hacer para llevar hasta todas sus consecuencias la tesis (que NÚÑEZ PAZ cita precisamente cuando analiza la cuestión que ahora me ocupa, p. 90, nota) según la cual, superada la concepción pandectística de la tripartición *l.c. rei*, *l.c. operis* y *l.c. operarum*, hoy se sostiene la construcción jurisprudencial unitaria del contrato de arrendamiento; en los tres casos, señala la autora citando a AMIRANTE, el *locator* entrega al *conductor* una *res*, y el *conductor*, bajo ciertas condiciones de disfrute o de actuación sobre dicha *res*, se compromete a su restitución. Se supone —añado por mi parte— que en la *l.c. operarum* la *res* es el trabajo, esto es, la actividad. Idea esta última que se encuentra en casi todos los romanistas, al atribuir la condición de *locator*, precisamente en la *l.c. operarum*, al que comprometía sus *operae*.

²⁹ Adopto en todos los casos la traducción de D'ORS y otros en *El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1975.

³⁰ Y ya que hablo de abogado, no está de más recordar aquel curioso pasaje del Digesto (50, 13, 1, 12) en el que se lee: «*Cabe preguntarse si hay acción para reclamar los honorarios cuando éstos se han prometido formalmente o se ha hecho un pacto acerca de “una participación en el resultado” del litigio. Acerca de tales pactos hay un rescripto de nuestro emperador “Antonino Caracala” y su padre de consagrada memoria “Septimio Severo”, que dice así: “Tú mismo confiesas que te fue prometida una cantidad por el resultado del litigio, según una mala costumbre; pero esto es así cuando la promesa es de participar como socio en lo que se obtenga de un litigio pendiente, pero si se promete una suma como honorarios después de haber terminado el litigio, podrá reclamarse aquélla hasta el límite de lo aceptable, aunque se haya convenido en concepto de premio por el éxito...”*». Se observa la sabiduría del texto al considerar «una mala costumbre» el pacto de percibir —el abogado— una cantidad en función del resultado del litigio; lo que, a mayor abundamiento, entraña un juicio negativo del hipotético pacto de no percibir el abogado ninguna retribución si el resultado del pleito es adverso. El texto que sigue al transcrito da a entender que el abogado tiene derecho en todo caso a una cantidad que «*no exceda de la cuantía lícita*». Pero, además, en todo caso, téngase presente que estamos hablando del derecho o no del abogado a recibir una contraprestación, no de un problema de *responsabilidad* en sentido estricto.

sultado. En concreto, no lo hallo en D. 9, 3, 7, pues allí se habla —según creo— de la *merces* ya pagada al médico; entiendo que ese pago había sido por su *actividad bien hecha*, no por un hipotético *buen resultado* de tal actividad. Del mismo modo que tampoco lo hallo en D. 9, 1, 3³¹.

6. Cuestión distinta de la de si la obtención de un determinado resultado fuera o no determinante, en Roma, de *responsabilidad en sentido estricto*, es la consistente en si el derecho a obtener retribución por una actividad dependiera o no de que un *resultado* hubiese sido realmente obtenido. Porque, en efecto, puede ocurrir que un objetivo incumplimiento de la prestación no entrañe *responsabilidad* para el incumplidor, cuestión que nada tiene que ver con la posibilidad de que por ese incumplimiento el deudor carezca de derecho a la contraprestación.

Pues bien, en lo que todos los romanistas coinciden, como parece que no podía ser menos, es en que la diferencia entre *l.c. operarum* y *l.c. operis* radicaba en una distinta forma de atribuir el que, a mi juicio, es el *riesgo económico* más significativo en las obligaciones recíprocas, esto es, el de tener (o no) una de las partes derecho a la contraprestación comprometida por la otra. Es decir, los romanistas están de acuerdo en que, en la *l.c. operis*, el obligado a prestar la actividad no tenía derecho a retribución más que desde el momento en el que la otra parte hubiere recibido la obra (*operis probatio*); en otras palabras, si el *opus* (resultado) hubiere sido efectivamente producido o realizado³².

7. Cuestión a su vez distinta de la de *responsabilidad en su acepción más rigurosa* (entiendo por tal la resultante de *no hacer* la obra, o *hacerla mal*, o *hacerla tardíamente*) era en Roma, en la *l.c. operis*, la

³¹ Por eso, me llama la atención que NÚÑEZ PÉREZ, *La responsabilidad...*, pp. 92-94, cite esos textos como soporte de una calificación de la relación contractual médico-paciente como *l.c. operis* y que (p. 93) diga del primero de esos pasajes del Digesto: «*Se trata de un trabajo terminado más que de un tratamiento. Nos encontraríamos, pues, ante una obligación de resultado o en terminología doctrinal alemana, procedente de un “Werkvertrag” en lugar de un “Dienstvertrag”*». Es posible que la tesis de la autora (la de la *l.c. operis*) tenga su fundamento, más que en el hecho de que el médico comprometiera un *resultado*, en la circunstancia, que ella misma apunta (p. 94), de que en la actividad del médico faltaba la relación de dependencia característica de la *l.c. operarum*, lo que llevaría, a contrario, a la *l.c. operis*. Y no es de descartar, aventuro, que la caracterización como *l.c. operis*, en su caso, pudiera resultar de la interpretación de que la persona del enfermo (*res*) se *locaba* —es decir, se entregaba— al médico a efectos de la acción *profesional* de éste.

³² Así se dice expresamente, por ejemplo, en PETIT (pp. 391-392), SCHULZ (p. 524), TORRENT (p. 466), GIRARD (p. 583) o PEROZZI (p. 297, nota). De forma implícita, la misma idea se encuentra en todos los demás autores que vengo citando.

que pesaba sobre el *conductor* por no devolver al *locator* la *cosa* que éste había entregado al primero para que con ella llevase a cabo el *opus*.

Creo que procede cuidarse de este extremo, porque nos acerca también a la idea de que en el Derecho romano el hoy llamado arrendamiento de obra tenía que tener su desenlace en la entrega de *una cosa* por el *conductor* (prestador de la actividad) al *locator*.

También aquí los romanistas coinciden. Distinguen entre la responsabilidad por *imperitia* y la resultante de la no restitución de la *res locata*. Así, en Santa Cruz Teijeiro³³, Voci³⁴, Schulz³⁵, Betti³⁶, Torrent³⁷, Iglesias³⁸ o Biondi³⁹.

8. A mi juicio, de los dos números precedentes se desprende una idea que entiendo capital para entender qué significado atribuyen los romanistas a la palabra «*resultado*» cuando, al desarrollar el concepto de *l.c. operis*, colocan precisamente en ese *resultado* el rasgo diferencial de aquella figura contractual.

En efecto, me parece que puede sostenerse la tesis de que el *resultado* era siempre la entrega de una cosa (cosa material) por parte del obligado a realizar la actividad que la *l.c. operis* llevaba consigo. Es

³³ El *conductor* responde por la custodia de la cosa, pp. 409-410.

³⁴ P. 394.

³⁵ El *locator* respondía por custodia, p. 523. Advierte este autor que los compiladores sustituyeron usualmente la expresión *diligentia in custodiendo* en lugar de la clásica *custodia*, mediante numerosas interpolaciones.

³⁶ Este autor, pp. 249-250, tiene el acierto, a mi juicio, de distinguir entre la responsabilidad por un *mal hacer* y la resultante de no restituir la cosa el *conductor* al *locator*. Señala que en la *l.c. operis* se deben distinguir dos aspectos, el relativo a la entrega de una cosa y el referente a la «elaboración» de esa cosa. Y en relación con el primer aspecto, el de la entrega de la cosa *elaborada*, por el *conductor* al *locator*, dice BETTI que este extremo se debe juzgar en conexión con «*el concepto de custodia (custodiam praestare) que los romanos usan para expresar una garantía de conservación de la cosa que nos ha sido entregada, a efectos de su restitución a la persona que la ha entregado, por tanto, una responsabilidad por falta de restitución*».

³⁷ P. 467. Señala el autor que «*otro problema especial que presenta este arrendamiento se da en torno a la responsabilidad del conductor por la restitución de la cosa*». E indica como ejemplos el del tintorero, el del sastre, el del naviero, el del posadero y el de quien alquila establos para guardar animales. Interesa señalar que en algunos de estos casos de *l.c. operis*, la *cosa* no da lugar a construcción o transformación ninguna por parte del *conductor*; en efecto, en el caso del naviero o del posadero, también por ejemplo, sólo existe el *opus* de transportar o custodiar.

³⁸ P. 267. Desde otra perspectiva, este autor pone de relieve que sobre el contratista o *conductor* pesa el riesgo de la cosa —*periculum*— hasta el momento de la entrega o de la *adprobatio*.

³⁹ P. 505. También indica que el *conductor operis* responde de la *custodia*.

decir, esa entrega de una cosa era el «momento final», por así decirlo, e inexcusable, del *opus* comprometido por el *conductor*.

Y por eso, creo también que cualquier otra interpretación de la palabra *resultado*, en la doctrina que desarrolla y explica los textos romanos (por ejemplo, la consistente en considerar que *resultado* significa el *buen fin* o *satisfactorio desenlace* de una acción humana —pongamos por caso que el enfermo se cure o que el pleito se gane—), constituye una visión extralimitada de lo que realmente quieren decir los romanistas cuando abundantemente, como hemos visto, hacen uso de la palabra que tanto me viene ocupando.

De ahí la conveniencia, en mi opinión, de indagar (en la doctrina de los romanistas, insisto, no en las fuentes) acerca del que hoy llamaríamos «criterio de imputación» de responsabilidad al *conductor* (hoy *contratista*, procede recordarlo) en el caso de falta de ejecución o de defectuoso cumplimiento del *opus*. Dicho de otro modo, indagar sobre si la mera circunstancia objetiva de que el *opus* no se realizase era por sí misma determinante de *responsabilidad* en el *conductor*.

En los autores consultados, encuentro la opinión común de que, en la *l.c. operis*, el que hoy llamaríamos *régimen de responsabilidad* (esto es, la atribución de las consecuencias del incumplimiento) giraba en torno al criterio de la *imperitia*. Quiere decir que el *locator* respondía si en su actividad no se hubiere ajustado al canon de *pericia* constituido por las «reglas del arte». Esto es, el *conductor* responde por su *impericia* profesional⁴⁰.

Betti dice que la exacta elaboración (del *opus*) según las reglas del arte se debe juzgar de acuerdo con el criterio de la habilidad técnica y pericia artesana, cuya falta se equipara a culpa según un criterio de autorresponsabilidad⁴¹. Kaser, después de decir que el *conductor* responde por la custodia de la cosa que le fue entregada, añade que responde por *imperitia*, esto es, por los perjuicios causados como consecuencia de su falta de aptitud para realizar la labor que le fue encomendada⁴². Pugliese identifica como obligación principal del *conductor* la de *realizar su trabajo según la regla del arte* y entregar al *locator* el *opus perfectum*⁴³.

⁴⁰ Así, por ejemplo, en PEROZZI, p. 297, en VOGLI, p. 394, en SCHULZ, p. 593, y en BIONDI, p. 505.

⁴¹ P. 250. En la p. 248, BETTI, separándose de la tesis de una supuesta garantía implícita, dice que cuando uno (el *conductor*) asume una obra que presupone una experiencia o pericia técnica, tiene por ello mismo la carga (que a la vez es el compromiso) de poseerla, por lo que responde en tanto en cuanto no tenga la pericia requerida para la realización del *opus*.

⁴² P. 201.

⁴³ De forma indirecta dice lo mismo D'ORS, p. 569, cuando señala que el *locator* «sufre el riesgo ajeno al oficio», lo que significa que ese riesgo es del *conductor* o ejecutante de la obra.

Por su parte, en su gran obra sobre el impacto del Derecho común en el Derecho actual, Bussi⁴⁴, en opinión que incluye tanto la *l.c. operis* como la *l.c. operarum* en su modalidad de «según medida», dice que quien ha prometido un *opus* responde por la culpa en que ha incurrido en la ejecución de ese *opus*.

9. Todo lo anterior constituye, según creo, un conjunto de reglas *sensatas*.

En efecto, si el obligado a llevar a cabo o efectuar un *resultado* (repto, una *obra material*) no lo ejecuta, carece de derecho a retribución. Si, en su caso, no entrega a la otra parte la *obra terminada*, habiendo recibido de aquélla los materiales, responde de su perecimiento o de sus deterioros. Y si la obra ejecutada adolece de defectos, su eventual responsabilidad se juzga a la luz del criterio de la *pericia* que cabía esperar de él, esto es, aplicando el criterio de la *lex artis*.

Por eso, como decía antes, tratar de extraer cualquier otra conclusión con fundamento en la distinción romana entre *l.c. operarum* y *l.c. operis* (que indudablemente inspira la diferencia entre «arrendamiento de servicios» y «arrendamiento de obra» en los códigos de la familia del francés) constituye, según creo, sacar las cosas de quicio.

10. Concluyo este capítulo con algunas consideraciones sobre la oportunidad de «revisar» la fórmula argumental consistente en llevar al mundo de las actividades profesionales la distinción *medios-resultado*.

a) No estimo incorrecto decir que en alguna actividad profesional, o al menos en alguna de sus manifestaciones, cabe hablar de *obligación de resultado*, trasladándola conceptualmente al contrato de obra (o, al revés, a partir de esta última categoría contractual, llegar a la idea de *resultado*). Creo que es correcto decir, por ejemplo, como manifestó una muy citada sentencia, que es arrendamiento de obra el que tiene por objeto la emisión de un dictamen por parte de un abogado, o —según se ha dicho frecuentemente en la jurisprudencia— el concertado con el arquitecto para que éste redacte un proyecto. En uno y otro caso, la *proyección* de la «obligación de resultado» se limita, a mi entender, a concluir en la inexigibilidad de contraprestación, por parte del profesional, si la *obra material* (dictamen o proyecto) no se ha realizado. Pero, también a mi juicio, no se debe ir más lejos, porque las eventuales consecuencias de un cumplimiento tardío constitutivo de mora y,

⁴⁴ *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padua, 1971, p. 56.

sobre todo, de un cumplimiento defectuoso (dictamen notoriamente erróneo o proyecto no ajustado a las reglas de la arquitectura) tendrían que ser objeto de un análisis no basado en el *resultado*, sino en la aplicación de las exigencias de pericia que comprende la llamada *lex artis*.

Trasladado esto al terreno de la actividad profesional del médico, me parece que el verdadero campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación de arrendamiento de obra, con su ingrediente de *resultado*, es el de aquellas especialidades en las que lo que el facultativo compromete —siendo, pues, objeto del contrato— es (también) una *cosa corporal*. Es decir, un genuino *resultado* constituido por una «realidad física». Pienso, por ejemplo, en la prestación comprometida por el radiólogo (entregar al paciente la «placa» de rayos X, o de resonancia magnética, o de ecografía) o en la del analista (entregar la hoja de resultados de los análisis practicados al paciente). En ambos casos, existiendo como existe una evidente prestación *implícita* de hacer, la que determina el cumplimiento de las obligaciones del profesional es la de dar, esto es, la de entrega del *resultado físico*. Por eso, por el *objetivo incumplir*, el facultativo no puede pretender la contraprestación si esa entrega no se ha producido.

Distinto es el problema de la responsabilidad por cumplimiento tardío o por cumplimiento defectuoso.

Sin perjuicio de no impensables responsabilidades por mora en la entrega del *resultado* (por ejemplo, retraso en la entrega del resultado de una ecografía, que es *causa* del retraso del diagnóstico, sobre todo si el «desenlace» es irreparable⁴⁵), cabe imaginar también las derivadas de un *defectuoso dar*; por ejemplo, el radiólogo o el analista se equivocan en la identidad de los pacientes y entregan a uno la «placa» o la hoja de análisis correspondiente a otro. En esta hipótesis, creo que sigue siendo correcto razonar en el plano de las *obligaciones de resultado*⁴⁶.

⁴⁵ Procede recordar el asunto resuelto por la sentencia de 6.6.97, primera del Tribunal Supremo en un caso de *wrongful birth*. El fracaso de una prueba de diagnóstico genético prenatal practicada a la futura madre dio lugar a que ésta conociera tal fracaso en un momento en el que ya había transcurrido el plazo legal para haber podido optar por la interrupción del embarazo. Como es sabido, la Sala Primera estimó el recurso de casación de la actora y condenó a uno de los médicos demandados y al Servicio Valenciano de Salud.

⁴⁶ Digo esto porque en casos como los citados no se necesita ningún *juicio científico-médico* para llegar al *juicio en Derecho*. Lo mismo que ocurre, por ejemplo, en el curioso caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (7.ª) de 24.2.05, en el que se había extraído al paciente una pieza dental diferente de la que estaba prevista en un primer momento.

Si, por el contrario, el carácter defectuoso del cumplimiento se predica de haberse practicado el examen radiológico o la prueba analítica de forma distinta a la impuesta por la *lex artis*, entiendo que el enjuiciamiento de la actividad del profesional nada tiene que ver con la idea de *resultado*, siendo precisamente ese canon de la *lex artis* el que llevará a la conclusión del juzgador⁴⁷.

Excluidas esas hipótesis de actividad médica cuyo objeto es un *dar*, estimo que hablar de *obligación de resultado* (o, dicho de otro modo, contrato de obra) queda fuera de lugar, incluso en los casos (cirugía estética, esterilización, odontología, se dice) en los que las sentencias citadas al principio ponen el acento.

Cabe pensar en actuaciones médicas en cuyo «desenlace» (en el sentido puramente cronológico de la palabra) puede estar presente una *cosa material*. Sería el caso al que se refirió como *obiter dictum* la sentencia de 7.2.90, que alguna de las mencionadas por mí al comienzo de este capítulo cita como precedente de la distinción entre obligación de medios y de resultado, aplicada a la responsabilidad del médico. Se dijo en aquella primera resolución que el objeto de la relación jurídica médico-enfermo es «*en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado*», añadiéndose unas palabras en las que —si no se interpretan según creo que procede— puede estar la raíz de algún equívoco. Dice en efecto la resolución: «... *salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole...*».

b) No obstante, me parece que en la alusión a las prótesis dentarias procede alguna reflexión, susceptible de elevarse a «principio».

La prótesis dentaria (de la que hoy existen tan sofisticadas manifestaciones) es, desde luego, una *cosa material*. Pero sería un error, a mi juicio, entender que existe cumplimiento defectuoso de la prestación del odontólogo *sólo* por la circunstancia de que su «aplicación»

⁴⁷ Esto es tanto más claro, como acabo de señalar, si el médico formula, además, una *interpretación* del *resultado* de la resonancia magnética, del análisis o del electroencefalograma. Me viene a la mente el caso resuelto por la sentencia de 4.2.99, segunda del Tribunal Supremo en problemas de *wrongful birth*. En él se alegaba por los actores que la médico codemandada había incurrido en culpa profesional al no detectar, en las pruebas ecográficas practicadas a la gestante, las malformaciones de que adolecía el feto. Pero la médico fue absuelta, ya desde la primera instancia, por considerar el juzgador que los datos con los que aquella contaba no permitían deducir que la actora estuviera incluida en el supuesto de embarazo de alto riesgo. La Audiencia añadió que debía excluirse la culpa de la médico porque con el nivel I de ecografía por ella utilizado sólo podrían haberse detectado las anomalías en un 20% de los casos.

al paciente no hubiera conducido al *resultado* deseado y aun esperado por él⁴⁸.

Esto último nos lleva a un problema añadido (o si se quiere, previo a los demás) sobre lo que por *resultado* deba entenderse.

Es claro que todo contrato médico-paciente responde a la búsqueda por el primero —en propósito que se supone compartido por el segundo— de la curación o alivio de una dolencia. Este sería, en términos *humanos*, el *resultado* que espera. Pero, vistas las cosas desde una perspectiva jurídica, valorar *en Derecho* el desenlace de una actividad médica (el *resultado ocurrido*, pues, por definición, tenemos que juzgar *a posteriori*) —en definitiva, determinar si el *resultado* del que hablan algunas sentencias se ha producido o no— significa necesariamente, a mi entender, la toma en consideración de una premisa que sólo la ciencia médica puede dejar sentada o dar por buena. Esa premisa es la siguiente: conocer cuál *podía haber sido* el *resultado* consistente en el *buen fin* de un objetivo médico significa *saber* —también *a posteriori*, a partir del momento en el que el conflicto jurídico se ha desencadenado— qué debe entenderse, precisamente, por *buen fin*. Y ésta es una cuestión que, a mi entender, sólo puede desentrañarse a la luz de lo que resulte del *estado de la ciencia médica* en el momento en el que la actividad del profesional tuvo lugar.

Por esto último, me parece artificioso colocar el problema de la *obligación de resultado* del médico (como de hecho ocurre) sólo en el ámbito de las actuaciones profesionales que, por así decirlo, *operan* sobre la persona del paciente; es decir, las que entrañan un *hacer* del profesional que implica, por su parte, una «acción física». Si pensamos en la manifestación en la que esa «acción física» no existe (o puede no existir), la de diagnosticar, también entra en juego un *resultado*; no me refiero al *buen fin* del diagnóstico (que sea el correcto), sino a la manifestación, por el médico, de una opinión sobre la dolencia que el paciente sufre o cree sufrir. También esto me parece que es un *resultado*⁴⁹.

Volviendo al ejemplo de las prótesis (de cualquier tipo), la cuestión sería muy sencilla si la prestación del médico consistiera sólo en el *dar* constituido por la *entrega* de la *cosa* que la prótesis es.

⁴⁸ Lo que se dice debe extenderse a las muchísimas manifestaciones de *prótesis* en la medicina actual; además de las de odontología y traumatología, quizá las más conocidas, hoy se aplican prótesis en ginecología, oftalmología, neurocirugía, cirugía cardiovascular, urología, etc.

⁴⁹ Entre las sentencias más recientes sobre responsabilidad por diagnóstico (aunque en este caso con absolución del médico demandado), procede la cita de la de 25.6.03.

Pero es claro que las cosas no son así de fáciles, porque la aplicación de una prótesis es consecuencia de una acción de diagnóstico e incluso, en muchos casos, *elemento o ingrediente* de una decisión de tratamiento. En uno y otro caso, al igual que ocurriría en una intervención quirúrgica —respecto de la que no es usual, sino al contrario, que las resoluciones judiciales hablen de obligación de *resultado*—, el profesional desarrolla una actividad de *hacer* que, a mi juicio, sólo debe ponerse en relación con el *resultado* (en este caso la *cosa*, la prótesis) si respecto de aquélla (la actividad de hacer) puede predicarse un apartamiento o vulneración de la *lex artis* rectora⁵⁰.

Por decirlo de otro modo: no me parece demasiado fundado situar en la *cosa* (la prótesis) la idea de resultado, porque hacerlo significaría atribuir un tratamiento diferente a la intervención cuyo objeto es la extirpación de amígdalas o de apéndice, por ejemplo, a la que lo tiene en la colocación de una prótesis dentaria, u oftalmológica, o urológica⁵¹.

⁵⁰ Por esto que acabo de decir, me parece que fue atinada la puntualización de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (1.ª) de 16.1.01, cuando dijo que las funciones del odontólogo «*exceden con mucho de esa concreta actividad de implantación de prótesis, debiendo atenderse en cada caso al contenido concreto de su deber de prestación y las posibilidades reales de compromiso de la obtención de un resultado en el estado actual de la ciencia*».

⁵¹ La calificación como de *resultado* de la prestación del odontólogo o estomatólogo ha causado una cierta conmoción en el sector profesional correspondiente. Precisamente, a tal calificación responde una publicación del Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 2004, titulada *Posibilidades de predicción de resultados en Odontología, basadas en la evidencia científica*. Esta obra colectiva, según sus páginas introductorias, tiene su fundamento en dos sentencias del Tribunal Supremo (de 1999 y 2001) en las que se condenó al dentista a indemnizar al paciente por el mero hecho de que el resultado esperado no se había logrado, «*sin ni siquiera entrar a valorar la conducta desplegada por el profesional ni analizar si incurrió en negligencia en su actuación*» (p. 5). Por ello, el trabajo sienta uno de sus objetivos (p. 6): «*Todos aquellos para quienes el resultado de un tratamiento odontológico es siempre previsible deben ver en la presente obra una explicación de los numerosos factores, ajenos a la voluntad y a la conducta del dentista, que pueden intervenir en la producción de un resultado diferente al previsto*». En la misma línea (p. 8), se dice que «*Los tratamientos de lo que se ha llamado medicina satisfactiva o voluntaria, al igual que los de la medicina curativa, no están libres de una cierta aleatoriedad biológica y por ello no se puede asegurar que un paciente no va a tener una reacción idiosincrásica desfavorable o incluso letal, sea rara o extraña, o sea desconocida en el estado actual de la ciencia*». De ahí que el grueso de la publicación se encamine a poner de relieve —creo que con todo el rigor científico exigible— cómo los diversos tratamientos odontológicos se pueden ver afectados por factores que, siendo razonablemente *imprevisibles* a la luz del comportamiento de las variables biológicas, pueden llevar a un *mal resultado* incluso en las actuaciones profesionales más ortodoxas, esto es, más ajustadas a la *lex artis*.

Cosa distinta es que el *fracaso* de una prótesis pueda constituir un *principio de prueba* calificable de «indicio» de la posible responsabilidad del profesional. Esto es, un *dato más* a tener en cuenta por el juzgador, pero en modo alguno, a mi entender, determinante de una genuina presunción de culpa, con inversión de la carga de la prueba. No ponemos dejar de tener en cuenta que la propia palabra de la que parte el razonamiento (*fracaso*) puede corresponderse con lo que en sentido coloquial entendemos los profanos: para un lego en medicina puede significar *fracaso* el hecho de que una prótesis oftalmológica no mejore la visión del paciente, siendo así que, desde el punto de vista médico, y en un caso concreto, puede que no quepa hablar de tal *fracaso*⁵².

Y cuestión distinta, a su vez, es la del *mal resultado* de una prótesis como consecuencia de un defecto de fabricación. Parece claro que en esta hipótesis sería de aplicación la doctrina de la sentencia de 17.4.98, que declaró incorrecta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud en un caso de rotura de la jeringa utilizada para la extracción de cerumen del oído de la actora; acreditado que existía un defecto de fabricación sólo detectable después del uso de la jeringa, la sentencia dice que «no es lógico que tenga que montar —el Servicio Vasco de Salud— un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades»⁵³. Esto, desde luego, salvo que se acreditara la culpa del médico consistente en no haber tenido en cuenta un «historial» de defectos de una determinada prótesis, por él aplicada. Y lo mismo podría decirse si la culpa del médico reside en no haber optado por el tipo adecuado de prótesis, de existir varios en el mercado (por ejemplo, en prótesis de cadera).

c) A la misma reflexión puede llevar, a mi juicio, cualquier otro ejemplo extraído de lo que en la jurisprudencia suele decirse que hay obligación *de resultado*. Acudiendo, como ejemplo supuestamente *más claro* al de la cirugía estética, vuelvo a insistir en el razonamiento que antes he invocado, esto es, el de que no acierto a comprender qué diferencia (a efectos del enjuiciamiento de la actividad del médico, se entiende) puede existir entre las complicaciones sobrevenidas en una

⁵² *Fracaso* consideraría el *hombre de la calle* el fallecimiento de un paciente en un quirófano, cuando es obvio que la valoración o calificación puede no ser la misma (lo acreditan infinitas sentencias) cuando se contemplan las cosas desde un punto de vista jurídico, esto es, a efectos de poder hablar de responsabilidad o no del médico.

⁵³ Lo mismo podría decirse de prótesis potencialmente peligrosas. Lo cual recuerda el conocido caso de las prótesis mamarias de aceite de soja, que ya han dado lugar a alguna sentencia (por ejemplo, la de la Audiencia Provincial de Madrid —18.^a— de 17.2.03).

erradicación de bocio nodular⁵⁴ o en la asistencia a un parto⁵⁵ (el alumbramiento es, en definitiva, un *resultado*), o en la extirpación quirúrgica del cristalino para remediar una afección de cataratas⁵⁶, y las derivadas de una operación de reducción mamaria. En efecto, no encuentro razón que permita conducir a una sentencia condenatoria del médico, tanto en uno como en otro caso, si no es sobre la base de que se *haya probado* (cuestión que nada tiene que ver, *directamente*, con las reglas en materia de carga de la prueba) la culpa o negligencia del médico actuante.

Y tampoco en el caso de una actuación médica encaminada a la esterilización del paciente me parece demasiado convincente la tesis del *resultado*. Verdad es que en esta actuación médica nos encontramos más cerca, e incluso dentro, de la idea de *propósito o intención común para ambas partes*, pero los ejemplos de *fracaso* de la operación de esterilización que, no obstante, condujeron a la absolución del médico demandado son frecuentes en la jurisprudencia.

d) Es digna de destacarse, a mi juicio, la evolución experimentada, desde el punto de vista de los conceptos (no hablo de la justicia de la *solución* de cada caso), por la jurisprudencia.

Y esto, porque de iniciales afirmaciones del Tribunal Supremo, casi siempre hechas como *obiter dicta*, y en no pocos casos, por eso mismo, como simples ilustraciones de corte académico, se ha pasado, a mi entender, a una muy probable extralimitación del concepto de *resultado* en el enjuiciamiento de la responsabilidad del médico.

Suele citarse como antecedente de la doctrina que nos ocupa (medios-resultado) la sentencia de 23.3.50. Lo primero que puede señalarse es que en aquel caso (operación de cirugía estética con el fin de rectifi-

⁵⁴ Es el caso de la sentencia de 8.9.03, en la que si se condenó al médico fue *por falta de información, no por negligencia profesional, entendida en el sentido más estricto de «negligencia en el hacer»*. Debe hacerse notar que la sentencia de la Audiencia, en pronunciamiento que el Supremo dio por bueno, se basó en que los peritos informantes habían coincidido en señalar que la lesión producida a la actora (disfonía y debilidad vocal) «*es una de las complicaciones habituales que pueden surgir en los pacientes sometidos a cirugía de la glándula tiroidea, derivada de riesgo normal en este tipo de operaciones y producida, en la mayor parte de los casos, por diversos factores, tales como la mayor vulnerabilidad del nervio recurrente por aumento de tamaño de la glándula tiroidea, clase de lesión tiroidea, etc., debiéndose, pese al riesgo descrito, proceder a la intervención quirúrgica, pues la evolución normal de la enfermedad que padecía la actora la hubiese llevado a una situación similar o incluso peor: disfonía completa*».

⁵⁵ En esto consistió el caso de la sentencia de 23.12.02, a la que luego me referiré por otro motivo.

⁵⁶ Sentencia de 9.12.99, en la que fueron absueltos los médicos demandados, pero no la Administración sanitaria también interpelada.

car defectos corporales de forma), lo más que quiso decir y dijo la resolución es que el contrato en cuestión *«tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamientos de servicios»*. Pero, además, hay que tener presente que, no producido el embellecimiento que se perseguía, la sentencia puntualizó: *«...pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que pueda ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, según se sienta en el Considerando tercero de esta sentencia, que la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados...»*.

También se suele mencionar como *precedente* la sentencia de 25.4.94, recaída en un caso de operación de vasectomía fallida. Interesa reproducir parte de lo que en aquella resolución se dijo, porque, al referirse a la operación del caso, manifestó que *se aproximaba de manera notoria al de arrendamiento de obra*, pero sin dejar de decir que no por eso el contrato *no perdía su carácter de arrendamiento de servicios*. Declaró al respecto: *«Que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los me-*

dios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

Esta sentencia introdujo un elemento de juicio que, según creo, es perturbador e innecesario. Perturbador, porque aunque teóricamente fuera de recibo la distinción entre la llamada *medicina voluntaria* y la *medicina curativa*, las fronteras entre ambas son de muy difícil definición; y, lo que es más importante a los efectos que me ocupan, son fronteras que, a su vez, sólo un *juicio médico* —no el de un jurista— puede establecer. Es claro que, volviendo a un ejemplo ya utilizado por mí, una reducción mamaria puede tener, en determinada mujer, dadas sus condiciones, un carácter de verdadera terapéutica. Al igual que puede serlo, en una cierta persona, la corrección de un rasgo que afea notoriamente su apariencia, o la operación para corregir una miopía⁵⁷.

Con todo, en lo que quiero poner ahora el acento es en el hecho de que la sentencia que acabo de mencionar no lleva su razonamiento (el de que el contrato que tiene por objeto la práctica de una *vasectomía se aproxima de manera notoria al de arrendamiento de obra*) más allá de lo que, a mi entender, puede llevarse; esto es, a que en la llamada *medicina voluntaria* se intensifica el deber de información del médico. No hay ninguna alusión a una supuesta inversión de la carga de la prueba.

e) Pero, además, como decía, la doctrina de la sentencia que he citado últimamente (la de 25.4.94, considerada como *precedente*) podría ser, además de perturbadora, innecesaria.

Si digo esto es porque, examinando cuidadosamente las sentencias cuya *ratio decidendi* parece estar en la noción de *resultado*, contra-

⁵⁷ Y esto, sin contar con la *tentación* que el paciente puede sentir, llegado ya el momento de entablar acción contra el médico, de atribuir a la actividad profesional de su caso el significado de una obligación *de resultado*, no *curativa*. Fue un ejemplo de esto último el pleito resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (17.^a) de 20.5.03. El paciente había acudido a los servicios del médico demandado para que le atendiese en un cuadro de incurvación peneana de tipo congénito. Había invocado en primera instancia impotencia funcional. Pero en su recurso de apelación alegó, por primera vez, que la actuación del profesional no era de medios, propio de una finalidad curativa, sino de resultado, por tratarse de una operación estética. La Audiencia, con buen criterio, desestimó esta argumentación y mantuvo la absolución del médico demandado.

puesta a *medios* o *actividad*, se llega a la conclusión de que los pronunciamientos condenatorios se basan *en realidad* en una *culpa probada* del médico demandado.

Expresado de otra manera, las sentencias en cuestión no es que apliquen una inversión de la carga de la prueba, sino que cuando condenan lo hacen como consecuencia de una *culpa probada* del médico. A mi juicio, esto ocurre incluso en las dos sentencias que, como antes he señalado, dieron lugar a un cierto *clamor* en la profesión de los odontólogos. Cuestión distinta es que, a mi juicio, tuviera fundamento su «resistencia» (diríamos que una especie de *objeción conceptual*) a que su actividad fuera calificada por el Tribunal Supremo como *una de las de resultado*.

f) Sin embargo, como decía antes, una cosa es que no se extralimite y distorsione el concepto de *obligación de resultado*, y otra que sea una construcción doctrinal inútil o innecesaria.

Al contrario, estimo que la simple circunstancia de que una determinada prestación médica *se aproxime* (como dice alguna sentencia) a la noción de obligación de resultado —fruto a su vez de un contrato *cercano* a la categoría de contrato de obra— justifica que el deber de información por parte del médico deba interpretarse con un carácter mucho más exigente que lo que sería propio de cualquier otro caso.

Y, desde luego, entendería una aplicación estricta del concepto de obligación de resultado (con todas sus consecuencias) en los casos, que ya empiezan a conocerse, en los que determinadas empresas de servicios médicos formulan de tal manera sus *ofertas* (en uso de una práctica rayana con la temeridad, no ya profesional sino «comercial») que pueden conducir a la convicción, por parte de los posibles *clientes*, de que, efectivamente, *se garantizan* ciertos resultados⁵⁸.

III. La doctrina del «*resultado desproporcionado*»

1. También aquí está presente la palabra *resultado*; a veces —no siempre— en un sentido muy próximo al que se le da como contrapuesta a *medios*.

⁵⁸ Quizá quepa introducir en este capítulo el caso resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona de 1.3.05 (conocido a través de «La Ley», número del 21.6.05, pp. 13-16). En la resolución se atribuye significado decisivo a la forma de expresarse de la publicidad difundida por la clínica demandada, que garantizaba seguridad y eficacia en relación con una cirugía cuyo objeto es reducir la miopía.

Sabido es que la doctrina y la jurisprudencia se han planteado la cuestión de si 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 actor el que debe probarla para que el facultativo sea condenado a indemnizar⁵⁹. Y sabido es también que la doctrina ha propuesto criterios encaminados a paliar o mitigar la nada fácil situación procesal en la que el demandante se encuentra cuando demanda al médico, precisamente en cuanto a la prueba de la culpa de este último⁶⁰.

Hoy nos son familiares criterios como el de la *culpa virtual*, el del principio *res ipsa loquitur*, el de la regla del *Anscheinsbeweis* (aparición de prueba) o el de la «facilidad probatoria»⁶¹. Y todo ello, desde luego, en estrecha relación, al menos a veces, con las *presunciones judiciales*, hoy acertadamente caracterizadas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 386) como cosa distinta de los «medios de prueba».

Hace ya bastantes años que la Sala Primera viene invocando, y aplicando, algunos de esos criterios de enjuiciamiento, con alivio de la carga probatoria del demandante. Una de las primeras sentencias en este sentido fue la de 13.12.97⁶².

Y ha sido también en los últimos años cuando la Sala Primera ha empezado a utilizar, como elemento de juicio para concluir en la culpa del médico, la noción o razonamiento del *resultado desproporcionado*. No pocas veces, enlazándolo con la idea de la *culpa virtual* (o variantes doctrinales de parecida orientación), con el *mecanismo intelectual* de las presunciones y —más recientemente— con el principio de la «*facilidad probatoria*».

2. Es probable que la primera sentencia en la que el *resultado desproporcionado* se mencionó con esas palabras fuese la de 2.12.96.

Con posterioridad al parto, la esposa y madre de los demandantes sufrió una fuerte hemorragia que obligó a localizar al ginecólogo demandado. Este practicó en primer lugar un legrado, que no corrigió la efusión sanguínea, hasta el punto de que se hicieron precisas unas

⁵⁹ Ya la sentencia de 12.12.98 formuló, en uno de sus pasajes, reflexiones sobre la dificultad en que, de ordinario, se encuentra un paciente para probar la culpa del médico.

⁶⁰ Traté sobre esta cuestión en DE ANGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999, pp. 69-108.

⁶¹ Este último, hoy recogido en el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶² Cuestión distinta, en la que no procede entrar ahora, es la de que no siempre se encuentre la deseable claridad en la distinción entre prueba de la culpa y prueba de la relación de causalidad.

transfusiones. Como quiera que el flujo de sangre era considerable y el tiempo apremiaba sin corregirse la hemorragia, se sometió a la paciente a una extirpación del útero, que fue la que vino a cortar la hemorragia, si bien en un momento en que el cuadro clínico de la paciente presentaba ya síntomas inequívocos y fatales de una anemia intensa, que generó inexorablemente una anoxia cerebral, determinante a su vez de una encefalopatía que se manifestó con graves secuelas.

La Audiencia había estimado la demanda⁶³. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del médico demandado. Dijo la Sala Primera, entre otros argumentos⁶⁴, que *«así mismo, debe establecerse que, no obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la lex artis ad hoc, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»*.

La «desproporción con lo que es usual comparativamente» se invocó también en la sentencia de 18.2.97. La de 2.12.97 declaró de forma

⁶³ La Audiencia había considerado necesario practicar prueba pericial para mejor proveer, pues la que debió hacerse en el período probatorio ordinario no se pudo ejecutar en absoluto, ante una negativa sospechosa de los peritos médicos que habían sido propuestos por las partes. *La Audiencia, según recoge la sentencia del Supremo, había dicho que inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello, añade la resolución, va reafirmándose que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión. Ello ocurre en el presente caso —añade la sentencia—, en el que se carece, incluso, de una historia clínica de la paciente, que no sólo hace mucho más dificultosa la prueba, sino que evidencia una falta de, cuando menos, rigurosidad profesional por parte del propio médico y del mismo centro hospitalario demandados.*

⁶⁴ Si me refiero a otros argumentos, es porque el Supremo también se apoyó en la *facilidad probatoria* y en la idea de que el hecho de que la culpa del médico no se presuma no significa que no pueda tenerse por acreditada por vía de presunciones.

incidental que aunque la obligación del médico es, normalmente, de actividad, *cabe que incluso en ella un resultado dañoso anómalo o desproporcionado haga presumir la culpa*. En la misma línea, la de 13.12.97 declaró, aunque de forma incidental, que la doctrina de la Sala que subordina la responsabilidad del médico a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta el servicio, es *«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»*. La sentencia de 19.2.98 mencionó también la hipótesis en que *«el daño del paciente es desproporcionado o enorme»*. En la de 22.5.98 se reiteró el criterio de la de 2.12.96⁶⁵. Sin embargo, hago notar que el voto particular de un Magistrado contiene una reflexión que, a mi juicio, sirve para advertir de los riesgos que entraña una valoración de las cosas efectuada, exclusivamente, a la luz del criterio de la *desproporción de los resultados*. Dijo a tal efecto el voto particular: *«Y también se ratifica la doctrina jurisprudencial de que la culpa médica ha de ser probada, aunque sea por presunciones, invirtiéndose la carga probatoria únicamente si el resultado es anormalmente desproporcionado, ocurriendo sólo que la parte demandada ha probado la inexistencia de nexo causal entre el actuar de sus dependientes y el trágico resultado, que en modo alguno puede entenderse causado por ellos, ni aun privándoles de culpa, teniendo en cuenta la enfermedad padecida y su sintomatología, pues no es suficiente para una condena el que ningún perito pueda contestar qué hubiera pasado de haberse realizado las operaciones unas horas antes, extremo tan imprevisible como la posibilidad de evitar el resultado, una vez que se afirma por todos que el tratamiento fue correcto, resultando significativo que la acción civil se dirija contra quien nada tiene que ver con el acusado o imputado en la denuncia penal»*⁶⁶.

⁶⁵ Esto es, que *«no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»*.

⁶⁶ Me parece que, con estas palabras, el voto particular intentó «neutralizar» la afirmación inicial de la sentencia de que *«estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia»*.

El criterio del «resultado desproporcionado» se invocó luego en las sentencias de 9.6.98⁶⁷, 8.9.98⁶⁸ y 12.12.98⁶⁹. Y también en las de 29.6.99 y 9.12.99, a las que me referiré más adelante por la particularidad de que en ellas se absolvió a los médicos demandados pero se condenó a las Administraciones sanitarias interpeladas.

Acudimos ahora a jurisprudencia más reciente. Sentencia de 11.4.2000. Parece claro que la *ratio decidendi* de esta resolución se encuentra en un pasaje en el que, al referirse la Sala a la lesión sufrida por la actora, se dice: «...averiguada aquélla a través de la artroscopia realizada el 14 de mayo, se precisaba verificar ineludiblemente una operación quirúrgica, la cual no fue realizada hasta el 5 de junio de 1990, cuando la recuperación de la muñeca lesionada era más difícil por el transcurso de varios meses desde la efectividad del evento, todo lo cual denota la inobservancia de la “lex artis ad hoc” en los dos médicos traídos al debate...». La resolución invoca la sentencia de 2.12.96, en punto a la doctrina de la «desproporción del resultado», pero esto sólo es, a mi juicio, uno de los frecuentes razonamientos «a mayor abundamiento».

Sentencia de 14.5.01⁷⁰. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación del demandante contra la sentencia de la Audiencia

⁶⁷ Se dijo en ella: «Al asumir la instancia, esta Sala hace suya la declaración fáctica que recoge la sentencia de segunda instancia que no excluye que “haya mediado negligencia en la actuación de otros miembros del equipo de profesionales sanitarios que atendieron a la paciente durante la intervención quirúrgica y valora la desproporción del resultado habido entre una operación quirúrgica para mejorar la audición y la muerte que produjo la letal reacción alérgica, tras coma irreversible de la paciente, por un shock anafiláctico, sin que conste en forma conveniente que los factores de riesgo concurrentes en la persona ya fallecida ni el estado de los productos utilizados fueran controlados convenientemente».

⁶⁸ En esta resolución se recoge la doctrina de que la carga de la prueba se invierte, entre otros, «en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las SSTs 29.7.94, 2.12.96 y 21.7.97” (STS 19.2.98)».

⁶⁹ En esta sentencia se puso en relación la idea de la «desproporción de resultados» con la teoría de la culpa virtual. Declaró: «En el caso que nos ocupa, el acusado y alarmante descenso de la tensión quedó determinado, acreditando un actuar que encaja en el reproche culpabilístico como culpa virtual, en razón a la desproporción de resultados, debidos a la acreditada negligencia del recurrente y desatención en cuanto a la correcta intubación de la enferma, así como del control de su respiración asistida que exigía constante seguimiento, dado que el riesgo anestésico es muy alto, hasta alcanzar situación satisfactoria».

⁷⁰ Se trataba de la demanda entablada por el padre de una niña contra un ginecólogo, un sanatorio y una Entidad de Previsión Social. Alegaba la demanda que, producido el parto y alumbramiento de la niña, a las seis horas de su nacimiento le fue apreciada una parálisis

que había desestimado íntegramente la demanda. La Sala Primera dijo en un pasaje de la sentencia: «...*siquiera esto no excluya la presunción de mal uso cuando el resultado producido sea desproporcionado con lo que es usual según las reglas de la experiencia, el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, en cuyo caso la desproporción permite una inversión de la carga de la prueba que si por norma y al no haber la objetivación de culpa aquí corre a cargo del que la alega, probar la culpabilidad del médico, la desmesura del resultado ha de llevar al facultativo a acreditar aquellas circunstancias impensables e insalvables que hayan torcido el buen hacer que ha de suponersele como norma desde el título profesional que se le ha otorgado previa demostración de conocimientos, de la actualización permanente de éstos con asentamiento en la experiencia propia y en el progreso de la ciencia cuya vulneración no puede quedar redimida por la instrucción que del acto se proporcione al paciente ni por el consentimiento que éste preste a su práctica porque ni una ni otra alcanzan a ese no ortodoxo hacer*»⁷¹.

En la sentencia de 31.7.02 se condenó a la matrona que había asistido al parto y, con remisión a sentencias anteriores, se aludió a la declaración de la de 2.12.96 —arriba citada— sobre la carga de la prueba, «*por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a los víctimas o perjudicados y donde, por otra parte, el resultado acaecido aparece como desproporcionado al menos en un centro sanitario*». Estas últimas palabras, «*al menos en un centro sanitario*», creo que merecen atención; me ocupo de este extremo al final de este capítulo.

La de 29.11.02 declaró haber lugar al recurso de casación del demandante, en la reclamación interpuesta contra un cirujano como consecuencia de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que el actor dijo haber sido consecuencia de haber dejado el médico, en una

braquial obstétrica derecha que se había traducido físicamente en ligera desviación de columna derecho-lumbar y otras dolencias, que el actor imputaba al desarrollo del parto.

⁷¹ La resolución, en otro lugar, manifestó: «*Este hacer médico, del que no se da más explicación por quien reconoce que lo llevó a cabo —cuando tan fácil le hubiera sido precisar el momento concreto en el que se produjo tan grave lesión a la niña que ayudaba a nacer de forma que valora cómo anómala e imprevisible desde razón no de recibo anclada en tiempo anterior y no de reacción ante el evento, y porque todo tuvo lugar—, viene a convertirse en un resultado desproporcionado para lo que evidentemente es usual en los nacimientos que, aun en estos tiempos, se viene produciendo y por lo tanto quien así lo desempeña, y no acredita la actuación con arreglo a lo que la ciencia le impone, incurre en la negligencia responsable que establece el artículo 1.101 del Código Civil con un nexo causal que aquí es evidente al amparo del artículo 1.103 del propio Código y en ese sentido y por las razones expuestas ha de casarse y anularse la sentencia recurrida...*».

primera intervención, un trozo de gasa en la zona operada. El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda, por considerar la segunda que no aparecía probada la relación de causalidad entre haber dejado la gasa (el caso llamado «oblito») y el resultado dañoso; en suma, la Audiencia no había declarado probado cuál había sido la causa eficiente de la secuelas. La Sala Primera declaró que «*debe aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor*», doctrina que la resolución dijo corresponderse con la regla *res ipsa loquitur*, con la de la «aparición de prueba» y con la teoría de la «*culpa virtual*»⁷².

Similar pronunciamiento se expresó en la sentencia de 30.1.03, recaída en la demanda formulada contra un médico, una clínica y una aseguradora, alegando la demandante que su hija había sufrido daños como consecuencia de la negligente forma de producirse el médico durante el parto, ya en el quirófano.

El «resultado desproporcionado» se halla también presente en otra sentencia de 31.1.03⁷³. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación del actor, a cuyo fin apeló de nuevo a la *correspondencia* entre dicha doctrina y los principios *res ipsa loquitur*, aparición de prueba y *culpa virtual*, así como al de la «facilidad probatoria». En este último punto, la Sala concluyó que «*en el caso presente el médico demandando ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajena a su actuación*».

No obstante, recayó en este caso un voto particular que creo oportuno reproducir en parte y que, a mi juicio, expresa una opinión muy convincente.

Ese voto particular se fundó en los hechos probados en la instancia, que eran los siguientes: La técnica quirúrgica aplicada por el cirujano demandado no fue la de W. que se afirmaba en la demanda, tachándola

⁷² Debe añadirse que la resolución hizo también aplicación del principio de la *facilidad probatoria*, diciendo: «*Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión*». Con cita de la sentencia de 2.12.96, arriba mencionado.

⁷³ La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, había desestimado la demanda formulada contra un cirujano como consecuencia de la incontinencia padecida por el demandante y que éste alegó ser consecuencia de una intervención quirúrgica de hemorroides sangrantes y fisura anal.

de desfasada, sino la de M. y M., que era la indicada o apropiada para el padecimiento del hoy recurrente. También era adecuado el sistema de doble esfinterectomía para aminorar o disminuir el dolor postoperatorio. La intervención no lesionó el nervio del esfínter anal. Sí se produjo una lesión muscular estriada del esfínter externo, pero tal lesión es consustancial o inherente a la técnica aplicada («sistemáticamente se lesiona de modo temporal el esfínter»). «En este tipo de intervenciones hay ocasiones en que se producen trastornos esfinterinos tras la realización de una cirugía ano-rectal apropiada». En la incontinencia pueden influir factores neurológicos, musculares y psicológicos. El paciente mostró una «negativa y adversa colaboración» en la primera etapa del postoperatorio.

Sobre la base de estos hechos, el Magistrado autor del voto particular razonó: *«En cuanto a la doctrina jurisprudencial del “resultado desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1.902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26-11-2001 en recurso núm. 2.245/1996 y 11-4-2002 en recurso núm. 3.422/1996), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20-3-2001 en recurso núm. 567/1996 y 23-3-2001 en recurso núm. 954/1996); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11-4-2002 en recurso núm. 3.422/1996). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia*

hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad.

Pues bien, de someter los hechos probados a las anteriores consideraciones jurídicas resulta la desestimación de los dos motivos examinados, porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como “resultado desproporcionado” equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado»⁷⁴.

La sentencia de 8.5.03 declaró haber lugar al recurso de casación entablado por la actora. Esta, que había sufrido un accidente deportivo, había sido asistida por el médico codemandado. La Audiencia había desestimado íntegramente la demanda. El Supremo, en un primer pasaje, dijo: *«En el caso presente y en las sentencias de instancia —e incluso en el propio recurso de casación y en los escritos de impugnación del mismo— se cae en el error de pretender la resolución judicial entrar en el tema del enjuiciamiento médico —es decir, examinar lo que hizo, lo que no hizo y lo que debió haber hecho— un médico, lo que no es otra cosa que querer calificar un campo al que es ajeno».*

Y luego, después de invocar la doctrina sobre el daño desproporcionado, que de nuevo se vincula con *res ipsa loquitur*, apariencia de prueba y *culpa virtual*, la resolución argumentó: *«En el presente caso, hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirma que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un “factum” sino una “quaestio iuris” revisable en casación; se dice que la prueba pericial dice que no hay nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni por qué se ha producido éste; ni dice*

⁷⁴ En cuanto a este voto particular, opino que debe compartirse también el criterio que mantuvo, contrario al de la mayoría, esto es, el de la sentencia, sobre la aplicabilidad al caso del artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. El voto de la mayoría dijo que *«a lo anterior (es decir, el texto antes transcrito) debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio»*. El voto particular formuló tres argumentos, a mi juicio convincentes, como decía, contra aquella interpretación.

en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada. En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (“res ipsa loquitur”), una apariencia de prueba de ésta (Anscheisbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (no tiene sentido la aberrante frase antes transcrita: “... causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora”), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad».

En la sentencia de 2.7.03 se mantuvo la condena del médico code mandado. En uno de sus pasajes, la resolución dice: *«Por otra parte, no ha de olvidarse que la Audiencia valoró la prueba que correspondía al recurrente, ya que el resultado anormal y desproporcionado con lo que acontece en las operaciones de cataratas que sufrió el actor a ello le obligaba, y es en esa valoración en la que echa en falta la realización de la medida profiláctica en cuestión».* Se observa que, aunque la resolución habla del «resultado anormal y desproporcionado», en realidad lo que ocurre es que aprecia la existencia de culpa en el proceder del médico.

La de 15.9.03 declaró haber lugar al recurso de casación del actor en la demanda entablada contra un médico, el Instituto Nacional de la Salud y una aseguradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia habían desestimado la demanda. El Tribunal Supremo, como *ratio decidendi* de su fallo, declaró: *«La Sentencia recurrida ha infringido el artículo 1.902 del Código Civil respecto al médico (motivo tercero), el artículo 1.903,4.º del mismo Código, respecto al INSALUD (motivo segundo) y la jurisprudencia, respecto a la prueba (motivo cuarto). Efectivamente, tal como se ha consignado en el fundamento anterior, el médico ha sido el causante del daño sin que haya prueba alguna de una causa extraña a su actuación, daño desproporcionado del que debe responder, aplicando el artículo 1.902 del Código Civil en relación con la jurisprudencia antes relacionada; asimismo, INSALUD, en aplicación del artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil tiene la responsabilidad objetiva y directa, solidaria con el anterior, que le impo-*

ne dicha norma como responsabilidad por actos de otro del que deba responder, dependiente o funcionario en el presente caso; por último, responde solidariamente también la entidad aseguradora Winterthur, por la acción directa que se ha ejercitado al amparo del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro».

En la sentencia de 27.3.04 se mantuvo la condena, entre otros, de un médico codemandado. La referencia al «resultado desproporcionado» se encuentra en el párrafo en el que la resolución dice: *«El 18 de octubre de 1990, un hombre de 50 años se somete a una operación quirúrgica a causa de la recidiva de una hernia inguinal derecha y, aproximadamente a las tres horas de la intervención, sufre un cuadro de hipotensión, sudoración y estado de shock y se aprecia, en la reintervención posterior, el desgarro de la vena femoral, como también se diagnostica, después de ésta, una encefalopatía isquémica por shock hipovolémico, por lo que queda en estado permanente de inconsciencia hasta que fallece el 30 de octubre de 1992, sin que se facilite ninguna explicación satisfactoria de lo ocurrido, lo que hace de aplicación al supuesto debatido la doctrina jurisprudencial relativa a que, aunque la obligación del médico es normalmente de actividad, cabe que, incluso en ella, un resultado dañoso anómalo o desproporcionado haga presumir la culpa (entre otras, SSTs de 2 y 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998)».* Sin embargo, y frente a lo que pudiera suponerse con estas palabras, debe tenerse muy en cuenta que la sentencia, poco antes, dijo que el médico había incurrido en «una conducta productora, en nexo causal, del daño», añadiendo que quedaba acreditado «que su actuación no fue correcta».

Así mismo, en la sentencia de 7.10.04 se justificó la condena del Servicio Andaluz de Salud con la doctrina del resultado desproporcionado. No obstante, por su particularidad, remito esta sentencia a un último apartado, por tratarse de uno de los casos en los que, quizá, la invocación de tal criterio no merezca reparo en la medida en que lo que se sanciona es la *deficiencia asistencial* de una Administración sanitaria⁷⁵.

Acudió también al criterio del «resultado desproporcionado» la sentencia de 17.11.04. Se había entablado demanda por el marido de una paciente que, habiendo sido sometida a una intervención quirúrgica, acabó sufriendo paradas cardiorrespiratorias que dañaron gravemente su cerebro, resultando con secuelas irreversibles que le impiden valerse por sí misma. La Sala Primera declaró: *«Y es ahora el momento de decir que para resolver la actual contienda es preciso recurrir a la*

⁷⁵ Sentencia comentada por GALÁN CORTÉS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo-agosto 2005, pp. 831-845.

*técnica del resultado desproporcionado del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia, tesis que está dirigida a paliar la nada fácil situación procesal que se da para determinar la existencia de una responsabilidad médica, y que tuvo como base las siguientes teorías...» (La resolución cita la de la *culpa virtual*, adoptada por el sistema judicial francés, la *apariencia de prueba*, sistema que se dice seguido por los tribunales de Alemania, y la utilización de la prueba de presunciones, propia del sistema judicial italiano).*

3. También en este punto me parece que es arriesgado, para el jurista, el recurso a la palabra (y a la noción, que es lo que importa) de *resultado*.

a) Hay que reconocer que la vía de razonamiento inspirada en el *resultado desproporcionado* es, por decirlo gráficamente, *tentadora*. En efecto, a primera vista es sugestiva la reflexión: si el *resultado* de la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias que *tenían que haberse producido*, es porque el médico no ha actuado con una conducta profesional diligente. O, dicho al revés, si el *resultado* no es *el que tenía que haberse producido* (se hace obligado utilizar de nuevo esta última expresión), *no es posible que el médico no haya incurrido en culpa*. Modo éste de pensar que se aproxima mucho, si no coincide del todo, con los postulados de la teoría llamada *de la culpa virtual*.

No obstante, creo que existe, por lo menos, el riesgo de que al razonar así se incurra —permítaseme la traslación— en lo que la jurisprudencia viene considerando, a otros efectos, *hacer supuesto de la cuestión*, es decir, convertir en premisa lo que es una simple hipótesis. Expresado en otros términos, estimo que el peligro es el de incurrir en una cierta tautología, cual es la de dar por sentado que el principio del razonamiento (el *resultado que tenía que haber producido la acción del médico*) constituye, para quien enjuicia *en Derecho*, un presupuesto seguro e indiscutible.

Quiero decir que el razonamiento basado en el *resultado desproporcionado* tiene el inconveniente de que si quien aplica el adjetivo *desproporcionado* es un profano en medicina, es evidente el riesgo de entender que lo es (*desproporcionado*) algo que, acaso, desde el punto de vista de la ciencia médica no lo sea en absoluto.

Me remito, por ejemplo, a lo que antes he dicho sobre lo que por *fracaso* de una actuación profesional del médico puede considerar el

hombre de la calle, en contraste con lo que por esa misma palabra, *fracaso*, puede admitir un experto.

Sin ir más lejos, repárese en que, ateniéndonos a un significado «común» de *resultado*, parecería existir culpa en el cirujano del caso al que puso fin la sentencia de 26.5.86, en el que el paciente falleció por peritonitis aguda purulenta; siendo así que el cirujano fue absuelto. O en el de la sentencia de 13.7.87, en el que a un niño le quedó una parálisis cerebral infantil con tetraplejia espástica consecuyente a un paro cardíaco que sufrió al recuperarse de una intervención quirúrgica de amigdalectomía; fueron absueltos el cirujano y el anestesista demandados⁷⁶. O en el de la sentencia de 8.5.91, en el que la enferma falleció de una hemorragia meníngea pocos días después de habersele practicado pruebas de electroencefalografía sin que de ellas resultara ninguna anomalía física; no obstante lo cual, fue absuelta la Administración sanitaria demandada.

En definitiva, en lo que quiero poner el acento es en el hecho de que afirmar (un jurista) que el *resultado* de una actuación médica es *desproporcionado*, significa realizar un juicio de valor en el que el elemento de comparación (aquello respecto de lo cual se predica la *falta de proporción*) no es *realmente* conocido por parte de quien lleva a cabo tal juicio de valor.

Es decir, quizá no sea muy cabal que quien valora desde el punto de vista jurídico una actuación médica se deje llevar por la idea que *él tenga* (parto de la hipótesis de que *no* se trata de un concededor de medicina) acerca de lo que es *proporcionado*; y, por ello, *desproporcionado*⁷⁷.

b) Por eso, aventuro la posibilidad de que cuando en la jurisprudencia se habla de *resultado desproporcionado*, no es que las sentencias se equivoquen al utilizar ese modo de decir, sino que lo que en realidad está ocurriendo es que las resoluciones, *una vez conocido lo que*

⁷⁶ Hago notar que en uno de los razonamientos de la sentencia del Supremo se halla la palabra *resultado*, como por otra parte venía impuesto por la propia lógica de la sentencia de la Sala. Se dice: «... *máxime cuando en los tratamientos u operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica*».

⁷⁷ Aprovecho la ocasión de este pasaje para señalar una curiosidad gramatical. Me refiero al hecho de que el Diccionario de la Real Academia, al referirse al vocablo *medicina*, y después de una primera acepción como «*ciencia y arte de prever y curar las enfermedades del cuerpo humano*», hace alusión a un significado en Derecho, diciendo al respecto: «*Las ciencias médicas en su aplicación a ilustrar pericialmente a los tribunales*». Es curioso, decía, que esta segunda acepción, tan notablemente *jurídica*, no exista en palabras del mismo Diccionario como *arquitectura, contabilidad o ingeniería*.

es «*proporcionado*», esto es, «*normal*», están —simplemente— utilizando un *modo de hablar* orientado a hacer ver que la condena del médico del caso está plenamente justificada por haber concurrido él en una negligencia profesional de tal naturaleza que *incluso* (la conjunción es mía, evidentemente, por imperativos de razonamiento) *ha producido un resultado desproporcionado*.

Y, de hecho, si se examinan las sentencias que sobre la cuestión he citado, se observa que prácticamente en todas ellas lo que sucede no es que el Tribunal Supremo condene al médico por apreciar que de su actuación devino un *resultado desproporcionado*, sino que, a mi entender, tal condena tiene como fundamento una prueba pericial de la que resulta que el médico enjuiciado incurrió en culpa o negligencia en el desempeño de su actividad.

En otros términos: la línea general que observo en la jurisprudencia es la de que la condena del médico no se basa en lo que el Tribunal *entiende* que es *resultado desproporcionado*, lo que por sí solo constituiría una apreciación de *profanos* (y, por ello, muy frágil), sino en la valoración que la Sala hace de la prueba pericial; evidentemente, la valoración consistente en entender que en el médico hubo violación de la *lex artis*.

c) Hay alguna sentencia, no obstante, que se aparta de la interpretación de la jurisprudencia que acabo de hacer.

Son, por ejemplo, los casos de las sentencias de 31.1.03 (cuyo criterio motivó la discrepancia del voto particular), 8.5.03 y 15.9.03, citadas por mí con anterioridad. A mi juicio, la condena a sendos médicos, cuya culpa no había quedado acreditada —o al menos no se dice en las resoluciones que lo estuviera— puede estar afectada por el reparo que he expuesto más arriba, esto es, el de que un Tribunal (en definitiva no expertos en medicina) pueda verse afectado por un desenlace objetivamente *impresionante* —en el sentido natural de *conmover el ánimo hondamente*, Diccionario de la Real Academia—, cuando acaso ese *resultado* no es ajeno a las contingencias que pesan sobre el paciente (y también sobre el profesional), incluso en el supuesto de una atención médica ajustada a las pautas de la *lex artis*.

Por decirlo de otro modo, y de nuevo, un *resultado desproporcionado* puede no significar nada en medicina, aunque a los ojos de un profano sea, a la vez que incomprensible, dramático.

d) Estimo que una razonable —y razonada— formulación de la idea del *resultado desproporcionado* se encuentra en la sentencia de 23.12.02. El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda entablada por los padres de una niña que había sufrido parálisis cerebral infantil con ocasión de su alumbramiento.

A los efectos que me ocupan, merece relieve, en primer lugar, advertir que la sentencia del Supremo condenó a la ginecóloga demandada, *no por el resultado desproporcionado*, sino por considerar probada *la culpa* de la médico.

En efecto, un primer pasaje de la resolución contiene una «reinterpretación» de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia, que se descalifica. Dijo al respecto la Sala Primera: *«Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada —el demandante— que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte —médico ginecólogo— omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “cómo” y “porqué” de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada. El resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-isquémica producida por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena “certeza procesal” ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada».*

Más adelante, después de decir que *«resulta difícilmente compartible la apreciación probatoria de las instancias (lo razonado no tiene por qué ser razonable)»*, la resolución argumentó: *«La evidencia de que el sufrimiento fetal se derivó de un período expulsivo prolongado —más de tres horas— resulta ensombrecido, a juicio de las resoluciones de instancia, porque el perito informante admite que la asfíxia pudo haber ocurrido antes del parto o en etapas muy iniciales del mismo y que al mismo no le consta si para el cómputo de más de tres horas del referido período se toma en cuenta solamente el período expulsivo propiamente dicho —es decir, únicamente desde la completa dilatación— o también el tiempo de dilatación. En esta incertidumbre radica fundamentalmente la “ratio decidendi” de la instancia. Empero no se tiene en cuenta que todo ello se pudo haber aclarado mediante*

la aportación de la documentación correspondiente. Ya el perito (don Blas C.) adelantó, antes de emitir su dictamen, que “echa en falta la historia clínica obstétrica de la paciente, evolución del embarazo, evolución de la gestación ingresada anteparto en Sanatorio, así como partograma con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo...”. Pues bien, la falta de esa información es la que no le permite asegurar su opinión de que fue la prolongación del período expulsivo propiamente dicho la causa del sufrimiento fetal con suacidosis metabólica secundaria. Y las sentencias de instancia yerran al hacer recaer las consecuencias de ello sobre quien no se encontraba en posición favorable para probar. Sí en cambio podía, y debía haberlo hecho la parte demandada».

Poco antes, la resolución había manifestado: *«A lo dicho es de añadir que la atribución de la carga probatoria a la señora P. resulta tanto más justificada si se tiene en cuenta que llevó la atención y asistencia de la señora M. durante todo el embarazo, el resultado absolutamente desproporcionado producido, las circunstancias concurrentes en la embarazada, y la absoluta falta de explicación sobre los hechos en el escrito de contestación, debiendo finalmente hacerse especial hincapié de nuevo en que no se trata de exigir la demostración de la causa, ni siquiera de enumerar todas las posibles, sino de descartar la que aparece como racional y sería fácilmente desechable, sin que por lo demás pueda servir de argumento aludir a que un resultado lesivo pudo deberse a muchas causas, pues abrir un abanico hipotético de posibilidades exige una explicación coherente acerca de las mismas».*

Por ello, en su último fundamento jurídico, a modo de recapitulación, la sentencia concluyó: *«...1. Es evidente la existencia de culpa —exigible en todo caso de acuerdo con el sistema de responsabilidad civil subjetiva que rige en el caso—, por parte de la Ginecóloga demandada al actuar con falta de diligencia en su quehacer profesional al no reducir el período expulsivo para evitar el sufrimiento fetal producido. Se fundamenta la infracción de la “praxis” médica en el dictamen pericial, en el que se dice que “en la obstetricia que desarrollamos en la actualidad se considera expulsivo prolongado aquél que dura más de treinta minutos en las múltíparas y una hora en las primíparas”. En el caso la duración fue de tres horas;...».*

De todas estas consideraciones se desprende que, a pesar de que —según acabamos de ver— la resolución habla de *«resultado absolutamente desproporcionado»*, y de que —como ahora se comprobará— la sentencia alude al *daño anormal y desproporcionado*, la razón de ser de la condena no reside en el *resultado*, sino que descansa sobre una muy argumentada valoración de la prueba que concluye en la afirmación (no

deducida, ni presunta, ni elíptica) de que en la médico demandada había concurrido violación de la *lex artis*, esto es, *culpa*.

Esto me permite insistir en algo que antes he apuntado y que está en la línea de lo que de manera un tanto *llamativa* he pretendido que sea el eje del presente trabajo, esto es, una especie de *divertimento* sobre los peligros de llevar demasiado lejos, sacar de quicio o extralimitar el significado *jurídico* de la palabra *resultado*.

Me refiero a la circunstancia (y permítaseme el recurso a un dicho popular) de que, quizá, para *el viaje* de una condena por culpa probada no sean necesarias *las alforjas* de un —cuando menos— arriesgado concepto como es el de *resultado desproporcionado*.

Por expresarlo de otra manera, esta misma sentencia que ahora me ocupa sirve para llegar a la conclusión de que la condena de un médico, por un acto conducente de hecho a lo que el común de los mortales entendería *resultado anormal*, puede y debe basarse en criterios (estos sí, exclusivamente jurídicos) suficientes para alcanzar la convicción de que en el acto profesional enjuiciado *hubo culpa* por parte de su autor.

Por eso, no de otra manera deben entenderse, a mi juicio, los argumentos adicionales que formuló la sentencia como colofón de sus reflexiones. Dijo la resolución: «*La justificación de lo razonado tiene un sólido fundamento en la doctrina de esta Sala la cual ha venido flexibilizando el rigor de la regla del artículo 1.214 CC (tal y como se razona en el motivo segundo del recurso) haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. Esta doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria (asumida por la LECiv 1/2000, en el apartado 6 del artículo 217) se recoge entre otras en las sentencias de 8.3 y 28.11.96, 28.2.97, 14.9 y 28.10.98, 30.7.99), 3 y 29.5.2000, 8.2.01. Como consecuencia de ello aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico (sentencias, entre otras, 23.2 y 31.7.96, 28.7 y 16.12.97, 12.3 —dos— y 14.4.99, 23.10.2000 y 4.6.01), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (sentencias entre otras, 17.6.89, 2.12.96, 19.2 y 9 y 21.12.99, 31.7.02) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria. En cuanto a este último aspecto cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31.7.96 (indicios muy cualificados por anormales), 2.12.96 (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a*

los medios de prueba), 28.7.97 (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), 19.2.98 (que alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño al paciente es desproporcionado), 29.7.98 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28.12.98 y 19.4.99 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y recientemente 31.7.02».

Se observa que, en la «batería» argumental que se acaba de reproducir, el *resultado desproporcionado* no es más que una «razón añadida», una *explicación adicional* del fallo al que la Sala llega. O, probablemente, aunque esto sea una suposición mía, un motivo por el que el Tribunal se consideró en la necesidad de someter al más exquisito análisis la prueba sobre la *culpa* de la médico demandada.

e) No obstante, quizá pudiera aceptarse la tesis del *resultado desproporcionado*, como elemento de juicio conducente a la atribución de responsabilidad, la hipótesis en la que ese *resultado* se predica de un centro o de una institución sanitaria.

Antes he citado, con remisión a este lugar, las sentencias de 29.6.99, 9.12.99 y 7.10.04.

Las tres son dignas de particular atención, porque en ellas se demandaba a médicos y a una Administración sanitaria, dándose el caso de que en las dos, también, se absolvió a los médicos y se condenó a la Administración.

En la primera, el motivo de la reclamación era el fallecimiento de una paciente, consecuente a la práctica de una operación de extirpación de la vesícula biliar. Había sido operada en un centro del Instituto Nacional de la Salud, y luego trasladada a otro hospital de la misma titularidad al sobrevenirle complicaciones postoperatorias.

La sentencia dijo que debía mantenerse la desestimación de la demanda respecto a las personas físicas del director del hospital y de los médicos intervinientes en la operación⁷⁸, pero se condenó al Instituto Nacional de la Salud «*como objetivamente responsable del resultado dañoso desproporcionado que se ha producido en la madre de los demandantes*».

Parece evidente que la *ratio decidendi* del fallo se encuentra en el pasaje de la sentencia que dice: «*Por otra parte, se concreta en el tema*

⁷⁸ El Juzgado y la Audiencia habían desestimado la demanda.

de la responsabilidad médica, que es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, tal como expresan las sentencias de 1.7.97 y 21.7.97».

Siendo así que el párrafo anterior al transcrito había dicho que «la base jurídica del presente caso se concreta en la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4.º del artículo 1.903 del Código civil», y habida cuenta de que los facultativos demandados habían sido absueltos, no queda otra posibilidad que la de deducir que la condena vino a coincidir, en cuanto a su *ratio decidendi*, con la ya añeja jurisprudencia que instaló el criterio o principio de las llamadas «deficiencias asistenciales». Esto es, el que, procedente de la jurisprudencia contencioso-administrativa, condujo a condenas a instituciones sanitarias por defectos de organización del centro sanitario, aunque no se hubiere hallado culpa en ningún concreto integrante del mismo.

La conclusión parece reforzada por el hecho de que, aunque con carácter de *a mayor abundamiento*, la sentencia cite en su apoyo el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Precepto que, *en este caso*, sí parece de pertinente invocación, pues se trata de la eventual responsabilidad de una *institución*, no de un médico determinado.

En otra sentencia, la de 9.12.99, se demandó al Servicio Andaluz de Salud y a varios médicos, entre otros, por la evisceración de un ojo de la demandante, ojo infectado después de que se le hubiese practicado en un centro del Servicio Andaluz de Salud una operación quirúrgica para frenar un proceso de cataratas. El Juzgado había condenado solidariamente a algunos médicos y al Servicio demandados, este último como responsable subsidiario. La Audiencia absolvió a los médicos que habían sido condenados por el Juzgado, lo que significaba la íntegra desestimación de la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la actora, condenando al Servicio Andaluz de Salud a indemnizarle en una determinada cantidad.

Procede resaltar que el Supremo mantuvo «*la repulsa de la demanda con mención a los médicos demandados, respecto a los que no se ha*

probado una conducta productora, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta».

Pero, añadía la sentencia, *«no ocurre lo mismo con la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor...».*

Más adelante, la resolución declaró: *«La fundamentación jurídica del supuesto del debate se encuentra en la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, ubicada en el artículo 1.903, párrafo cuarto, del Código Civil, que es, sin duda, aplicable al Servicio Andaluz de la Salud, y se precisa en el tema de la responsabilidad médica, que constituye un espacio del campo de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.)...».* Es decir, se reiteraba el criterio, al que antes me he referido, de las «deficiencias asistenciales». Y, además, como había ocurrido en la sentencia de 29.6.99, el Tribunal Supremo consideró aplicable también el artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios, esto es, la *responsabilidad objetiva* en el ámbito de los servicios sanitarios.

Lo mismo ocurre en la sentencia de 7.10.04. Demandados un médico, el Servicio Andaluz de Salud y una aseguradora, tanto el Juzgado como la Audiencia habían desestimado la demanda, basada en los daños padecidos por la actora después de haber sufrido un corte por cristales en la palma de una mano.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación de la demandante, condenando al Servicio Andaluz de Salud y a su aseguradora, pero con absolución del médico demandado. Respecto a la actuación de este último, la sentencia dijo: *«Ha de tenerse en cuenta, respecto a estas alegaciones que, como ya se ha expuesto anteriormente, en las sentencias de instancia se ha recogido pormenorizadamente la actuación del Dr. Carlos Jesús, a tenor de cuanto resultaba de las pruebas obrantes en los autos, declarándose acreditado que dicho demandado, tras la inspección ocular de la zona afectada y la comprobación de la funcionalidad de la mano y de la movilidad de todos sus dedos, sin que se detectase la rotura del tendón, había procedido a la sutura de la herida y a recomendar que se extrajesen los puntos al cabo de una semana, lo que se ha calificado por el Juzgado como correcta actuación conforme a la lex artis, pues según el informe pericial la realización de una intervención quirúrgica exploratoria podría*

provocar nuevas lesiones y la retirada de los tres fragmentos de cristal, muy pequeños, situados a un centímetro del tendón, constituía una manipulación no recomendable por innecesaria. Esta apreciación probatoria, aceptada por la Audiencia Provincial ha de considerarse inmune a la casación por ser resultado del ejercicio de una facultad privativa de los órganos de instancia, que no puede ser calificada de ilógica, arbitraria o absurda».

Mas, en lo que respecta al Servicio codemandado, la sentencia razonó así: *«Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la responsabilidad por negligencia sanitaria de una entidad especializada, se impone de forma prácticamente objetiva si se revela que el defectuoso funcionamiento de la misma ha dado lugar a un resultado lesivo desproporcionado, en relación con el escaso riesgo atribuible, en principio, a una determinada intervención. En tales supuestos la entidad deberá indemnizar, abstracción hecha de que se hubiese acreditado la culpa de algún profesional sanitario concreto de los que hubiese intervenido en la asistencia al enfermo en aplicación del principio “res ipsa loquitur” pues un evento dañoso de dicha gravedad normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, según las reglas de la experiencia y del sentido común (sentencias de 17 de mayo y 10 de julio de 2002 y 30 y 31 de enero y 8 de mayo de 2003)».*

Como es ya muy frecuente, la Sala invocó también el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Es probable que la interpretación que propongo, la de las *deficiencias asistenciales*, se encuentre abonada por el razonamiento medular de la sentencia de 17.5.02. Promovida demanda contra el Servicio Valenciano de Salud, por los daños sufridos por el hijo del demandante tras una operación de apendicitis, la Audiencia había estimado la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación del Servicio demandado, fundando su decisión, sobre todo, en los siguientes razonamientos. En primer lugar: *«A este respecto, las cuestiones litigiosas quedan referidas, por una parte, a la determinación de la causa o causas determinantes de la aparición de la quemadura en el abdomen y del hidrocele en el testículo derecho; y hay que concluir que el motivo fue debido a un contacto con el antiséptico que habitualmente se usa, tintura de yodo, lo que revela que en la asistencia dispensada al menor no fue completa la diligencia, siendo el conjunto de posibles deficiencias asistenciales el originador del daño, por lo que la sentencia de instancia, que en este aspecto acoge plenamente la sentencia impugnada en casación, imputa a la entidad demandada, como responsable directa del funcionamiento que se produjo, que puede considerarse anormal y reprochable, en cuanto que la tintura de yodo te-*

nía una concentración más elevada de lo normal, unida al factor lumínico calorífico de la lámpara de quirófano».

Y después: «Cuado así ocurre, los Tribunales acuden a la idea de “conjunto de posibles deficiencias asistenciales”, lo que exime al paciente de la prueba de en cuál de los momentos de la atención médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiere podido incurrir en ella.

La Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1987 es precursora cuando establece: que en materia de responsabilidad y muy especialmente cuando su causa originadora se encuentra en esos complejísimo establecimientos asistenciales dirigidos a la atención sanitaria de cada vez más amplios grupos de población, para inquirir cuál pueda ser la de alguno o varios de sus miembros, se hace preciso acudir a una interpretación no sólo lógica sino también sociológica de los preceptos reguladores de dicha institución, sin olvidar el soporte de la “aequitas” aquí siempre conveniente; y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, con objeto de lograr que en estos casos, la aplicación del Derecho constituya el medio más idóneo para el restablecimiento del orden perturbado.

Asimismo tiene declarado esta Sala que la doctrina sobre la carga de la prueba, en el sentido de que no opera, en principio, contra el médico o profesional sanitario, estando, por tanto, a cargo del paciente, se excepciona en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación del médico ha quedado constatada por el propio Tribunal (Sentencias de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 19 de febrero de 1998)».

Así como he manifestado mis reservas sobre el *criterio del resultado desproporcionado* en el juicio de responsabilidad contra el médico, precisamente porque en ese terreno rige el principio *de la culpa*, y además sin presunción de la misma, es posible que aquel *criterio* sea de recibo cuando se juzga sobre la eventual responsabilidad de una institución sanitaria. Si bien, desde luego, cuando se trate de una Administración sanitaria, con la obligada restricción *ahora* (no antes) que impone el sometimiento al particular *sistema* de responsabilidad que para las Administraciones públicas en general existe hoy en nuestro ordenamiento jurídico.