

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Parra-Sepúlveda, D., Mendoza-Alonzo, P. y Concha-Machuca, R. (2018). La necesidad terapéutica como criterio para determinar el contenido de las obligaciones del médico. *Revista Jurídicas*, 15 (1), 154-170.
DOI: 10.17151/jurid.2018.15.1.9.

Recibido el 7 de septiembre de 2017
Aprobado el 10 de enero de 2017

LA NECESIDAD TERAPÉUTICA COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO*

DARÍO PARRA-SEPÚLVEDA**
PAMELA MENDOZA-ALONZO***
RICARDO CONCHA-MACHUCA****

RESUMEN

El principal objetivo del presente trabajo es proponer a la necesidad terapéutica como criterio útil en la determinación del nivel obligacional exigible para el facultativo en el ejercicio de su actividad profesional. Se plantea como indispensable la distinción entre actividades médicas orientadas al tratamiento de patologías, de aquellas prestaciones sanitarias que no buscan dicha finalidad. En lo metodológico tal propuesta implica abordar la temática apuntada desde un enfoque dogmático, sistemático y hermenéutico a efecto de entregar soluciones a los principales problemas que se han planteado al respecto. Finalmente, se concluye que el mayor o menor nivel obligacional exigible al profesional de la salud se encuentra íntimamente relacionado con la existencia o no de una finalidad asistencial en la actuación médica, salvo, claramente, que los contratantes en virtud de su autonomía puedan llegar a pactos diversos.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil médica, obligación de medios, obligación de resultado, derecho de daños.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación FONDECYT N° 11160566, titulado: "Los deberes del facultativo en la responsabilidad civil médica: análisis crítico, propuesta de sistematización y contenido", del cual el autor principal, Dr. Darío Parra, es investigador responsable.

** Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: dparra@utalca.cl. [Google Scholar](#).
ORCID: 0000-0002-6431-2535.

*** Doctora en Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. E-mail: pamela.mendoza@ufrontera.cl. [Google Scholar](#).
ORCID: 0000-0002-8396-2648.

**** Doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. E-mail: ricardo.concha@udec.cl. [Google Scholar](#).
ORCID: 0000-0002-6431-2535.



THE THERAPEUTIC NEED AS CRITERION TO DETERMINE THE CONTENTS OF THE MEDICAL DOCTOR OBLIGATIONS

ABSTRACT

The main objective of this work is to propose the therapeutic need as a useful criterion in determining the obligatory level required for the practitioner in the exercise of his professional activity. The distinction between medical activities for treatment of diseases and those health services that do not seek this purpose is considered essential. In the methodological aspect, this proposal implies approaching the topic from a dogmatic, systematic and hermeneutical approach in order to provide solutions to the main problems that have been raised in this regard. Finally, it is concluded that the greater or lesser obligatory level required of the health professional is closely related to the existence or absence of an assistance purpose in the medical action except, clearly, that the contractors, in virtue to their autonomy, can reach diverse agreements.

KEY WORDS: civil medical liability, obligations of means, obligations to the result, tort law.

INTRODUCCIÓN

Nadie puede negar que la responsabilidad civil ha cobrado un trascendental desarrollo en los últimos años. Pues bien, dentro del derecho de daños en general, la responsabilidad civil de los profesionales de la medicina también se ha desarrollado de una manera inimaginable hace unas décadas atrás. Si analizamos cualquier repertorio de jurisprudencia que tenga más de cincuenta años, difícilmente encontraremos precedentes jurisprudenciales referidos a la llamada “mala praxis médica”. Por el contrario, en la actualidad no existe publicación jurisprudencial en la que no hallemos algún fallo que analice la responsabilidad de los profesionales de la salud en cualquiera de sus especialidades (De la Maza y Pizarro, 2012; Parra-Sepúlveda, 2014).

Hoy en día prácticamente nadie discute acerca de la importancia de clarificar el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad civil médico-sanitaria. Ello no sólo por la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar inmediatamente lesionados por la actividad médica, como son la vida y la integridad física, sino también por la pluralidad de interrogantes que plantea el tratamiento legislativo y jurisprudencial de la responsabilidad civil en este ámbito (García-Garnica, 2010).

A pesar de que la problemática de la responsabilidad civil médica es un tema que ha sido objeto de interesantes debates, son muchas las preguntas que aún persisten al tratar esta especial ramificación de la responsabilidad civil. Así las cosas, dentro de las interrogantes que con mayor frecuencia se plantean tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial (García-Garnica, 2010), la clara determinación, *ex ante*, de las obligaciones que contraería el facultativo con su paciente en el ejercicio de su actividad profesional es una cuestión que sigue sin tener respuesta unívoca, no siendo irrelevante la opción que se adopte al respecto.

De esta forma, el presente trabajo tiene como punto de partida la siguiente interrogante: ¿qué tipo de obligaciones contrae el médico con su paciente en el ejercicio de su actividad profesional? La respuesta que tradicionalmente se ha dado viene a circunscribir las obligaciones que derivan de la actividad médica dentro de las obligaciones de medios o actividad. Sin embargo, pareciera ser que la respuesta a dicha interrogante requiere de una serie de matices, sobre todo si consideramos que la actividad médica no está orientada sólo al tratamiento de enfermedades, sino que también entrega prestaciones que apuntan a otras finalidades distintas del tratamiento de una patología. Frente a este panorama, resulta necesario establecer criterios objetivos que permitan responder con contundencia la pregunta inicial de este trabajo. Al respecto, planteamos que la existencia de una patología o necesidad terapéutica en el paciente puede resultar útil como criterio en el establecimiento del contenido obligacional de la prestación médica, modelando así el ejercicio profesional del facultativo en razón de la comprobación objetiva de dicho criterio.

En el plano metodológico, nuestro trabajo aborda la temática apuntada desde la sistemática y dogmática en relación con los principios que gobiernan la ciencia médica y fuentes tanto primarias como indirectas. Finalmente, desde un enfoque hermenéutico se profundizará en cada una de las problemáticas advertidas y aportar así posibles soluciones.

APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

Como primera idea cabe destacar el triunfo de la responsabilidad contractual como régimen aplicable a los casos de responsabilidad médico-sanitaria (Pizarro, 2018; Pizarro, 2013). Este fenómeno es verificable en buena parte de los casos ventilados ante los tribunales de justicia, puesto que normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle, siendo usual que entre el médico y el paciente se celebre, sea formal o informalmente y muchas veces de forma verbal, un contrato de asistencia médica (López-Mesa, 2007).

Teniendo presente que en buena parte de las relaciones que ligen a un facultativo con su paciente existirá un vínculo jurídico previo, resulta fundamental preguntarnos por las obligaciones que emanarán para el facultativo, debiendo destacar, en primer término, que dentro de la clásica categorización de las obligaciones –dar, hacer y no hacer–, las que adquiriría el galeno con su paciente son principalmente de hacer, es decir, el médico se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y en razón de las circunstancias que concurran en el caso concreto. Sin embargo, excepcionalmente el facultativo contraerá algunas obligaciones de no hacer, como por ejemplo las derivadas de su deber de guardar el secreto –no divulgación– (López-Mesa, 2007), e incluso, como se ha destacado, las obligaciones contraídas por ciertos facultativos podrían llegar a ser de simple entrega (De Ángel, 2006).

Una vez precisado lo anterior, y siguiendo con la configuración de los deberes de conducta que tendría el facultativo con su paciente, cabe preguntarnos: ¿Qué tipo de obligación de hacer es la que precisamente contraería el médico?

Para responder la interrogante planteada, como primera cosa, se debe recurrir a la célebre clasificación propuesta por Demogue a principios del siglo pasado (1925) y desarrollada luego por los hermanos Mazeaud (Mazeaud, Mazeaud & Tunc, 1965), que distingue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Dicha clasificación cobra especial relevancia cuando nos adentramos en la responsabilidad de los profesionales liberales, por cuanto la doctrina mayoritaria plantea que, por regla general, la obligación que asumirían éstos, y en especial los médicos, es de medios (Bello, 2009; Cabanillas-Sánchez, 1993; Diez-Picazo y Gullón, 2002; Galán-Cortés, 2016; Jourdain, 2007; Le Tourneau, 1982; Llamas-Pombo, 2002) o

actividad. Sin embargo, esta cuestión no ha sido para nada pacífica, destacándose por algunos el fetichismo (Yzquierdo-Tolsada, 2001a) o la irrelevancia práctica de tal distinción (Díaz-Regañón y García-Alcalá, 1996; Luna-Yerga, 2004).

En razón de las limitaciones propias de la presente investigación, no nos detendremos en el estudio genérico de la distinción entre obligaciones de medios y resultados, remitiéndonos a lo ya tratado brillantemente por la doctrina (Cabanillas-Sánchez, 1993; Jordano-Fraga, 1991; Lobato-Gómez, 1992). No obstante, y sólo para efectos de situarnos en la materia, nos limitamos a exponer lo que en términos generales ya se ha precisado sobre el significado de la mentada distinción. Así,

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 (Jordano-Fraga, 1991, p. 7)

Volviendo a la cuestión que nos ocupa, si bien la opinión mayoritaria tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacional y comparada apunta a que la obligación del médico es de medios, en la práctica, esta afirmación necesariamente habrá que matizarla. Al respecto, compartimos el planteamiento de Llamas-Pombo (2002), quien destaca primeramente que toda actividad médica *per se* conlleva una incertidumbre de la cual el facultativo no puede desprenderse por más que la ciencia avance, puesto que la propia complejidad del organismo humano y la inevitable influencia de agentes externos a la misma actividad médica hacen de esa incertidumbre un elemento consustancial a la medicina. Concluye el citado autor apuntando que, a pesar de lo señalado, no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los recursos que disponen unos y otros no son los mismos, por esta razón, a su juicio, la doctrina nota que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados admite ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecruzan obligaciones de uno y otro tipo (Llamas-Pombo, 2002).

MEDICINA CURATIVA Y MEDICINA VOLUNTARIA, CRITERIO DIFERENCIADOR DE LAS OBLIGACIONES DEL MÉDICO

Como se señaló, tradicionalmente se ha sostenido que las obligaciones que derivan de la actividad médica han sido encasilladas dentro de las denominadas obligaciones de medios, obligándose el facultativo, en términos generales, al desarrollo de su actividad profesional con una diligencia previamente establecida –sea con mayor o menor detalle–. Sin embargo, el vertiginoso avance científico que ha experimentado la ciencia médica en el último tiempo trae como consecuencia un explosivo aumento de demandas en contra de facultativos, demostrándonos la necesidad de establecer criterios objetivos que nos permitan determinar con mediana claridad cuándo la obligación que contrae el médico será de medios y cuándo ha de ser de resultado.

En este sentido, nos parece interesante traer a colación un criterio que nos permite dar respuestas sensatas a la pregunta sobre qué tipo de obligaciones contraería el facultativo con su paciente en el ejercicio de su actividad profesional. Dicho criterio plantea diferenciar la actividad médica según sea la finalidad buscada por la respectiva actuación médica, de esta forma, se articula una doble distinción, la cual no sólo presenta una utilidad teórica de sistematización, sino que también aporta parámetros claros respecto de qué ha de exigírsele a cada facultativo en su actuar, cuestión que resulta de suma utilidad en la búsqueda de aquellos rasgos característicos de la responsabilidad del facultativo.

Así, de un lado se plantea distinguir la medicina curativa, terapéutica o asistencial, de la denominada medicina voluntaria, satisfactiva o perfectiva. La distinción propuesta es clara, la primera actúa ante una determinada patología, mientras que la segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica –puesto que se actúa sobre un cuerpo sano–, sino que más bien para el mejoramiento de su aspecto físico, o para lograr una transformación satisfactoria de su propio cuerpo (Seijas-Quintana, 2011).

De esta forma, la existencia de una necesidad terapéutica, entendida como la exigencia de realizar determinadas prácticas para mantener la vida o buena salud del paciente, se transforma en el elemento fundamental para determinar en qué casos se podrá hablar de medicina curativa, y en cuáles de satisfactiva, permitiéndonos responder de mejor forma a la interrogante sobre qué obligaciones contrae el médico en ejercicio de su actividad.

En los casos de medicina curativa, la necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico al poder hacerlo irresponsable en supuestos en que sin haber obtenido los resultados esperados su actuación fue diligente conforme a la *lex artis* (López-Mesa, 2007).

Por su parte, en la medicina voluntaria la falta de necesidad terapéutica repercute en un mayor nivel de responsabilidad al facultativo, el que normalmente se verá reflejado en el incremento de los niveles de exigencia tanto en su actuar, como en la de entrega de información al paciente.

Dicha distinción ha de resultar bastante útil toda vez que cuando hablamos de responsabilidad médica lo fundamental no es el tipo de acción (contractual o aquiliana) que se ejercite, sino la determinación de cuándo el médico puede ser considerado responsable, ya sea contractual o extracontractualmente.

La denominada medicina curativa, necesaria o asistencial

Se ha conceptualizado a este tipo de medicina como “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad” (Munar-Bernat, 2006, p. 453). Al respecto, no resulta difícil observar que la calificación de medicina asistencial o curativa se predica de aquellos supuestos en los que, desencadenado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, siendo el objetivo primordial de la asistencia atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible (García-Garnica, 2010).

Normalmente se ha identificado a la actividad médica con la medicina curativa, puesto que desde sus orígenes la principal función que han ejercido los médicos sobre sus pacientes ha sido la de tratar sus dolencias o enfermedades, es por ello que tanto la jurisprudencia como la doctrina mantienen de forma prácticamente unívoca que en el caso de la medicina asistencial la obligación contractual asumida por el médico –en el respectivo contrato de asistencia sanitaria–, y más en general, por el profesional sanitario, no es la de alcanzar un determinado resultado, sino que el desarrollo de su actividad profesional de manera diligente (Domínguez, 2007; Galán-Cortés, 2016; García-Garnica, 2010; Gómez-Calle, 1998).

En complemento a lo anterior, se ha destacado que la calificación de la obligación del facultativo como de medios o actividad en el ámbito de la medicina curativa, encontraría su razón de ser en el hecho de que la medicina por definición no es una ciencia exacta. En el buen fin del acto médico normalmente incidirán una serie de factores, incluidos algunos de carácter aleatorio, como vendrían siendo el propio estado y evolución del enfermo, o complicaciones extrañas al acto del facultativo, las cuales van desde infecciones hospitalarias o defectos del sistema sanitario, hasta eventos imprevisibles e inevitables (Domínguez, 2007; Galán-Cortés, 2016; García, 2010; Gómez-Calle, 1998).

Por tanto, en los supuestos de medicina asistencial o curativa el médico bajo ningún respecto podrá garantizar la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso –de las personas, del tiempo y del lugar–.

En similar sentido, se ha expresado que (Galán-Cortés 2016), la finalidad última perseguida por la actuación del facultativo es la curación del paciente, no obstante, tal finalidad, por no ser garantizable, ha de quedar fuera de la obligación de este. En consecuencia, el único objeto de la obligación del médico es una actividad diligente y acomodada a la denominada *lex artis*, debido a que se trata de una obligación de actividad o medios, a diferencia de lo que ocurriría con la obligación de resultado, en la que no hay duda de que el fin, como elemento de la naturaleza, está incluido dentro del contrato.

Otro rasgo característico de la medicina asistencial, lo constituye el estatus que adquiere el sujeto que se somete a alguna intervención de este tipo. Así, quien recibe esta clase de servicios ha venido siendo considerado como *paciente*, ya que acudiría al galeno por una dolencia que le aqueja, sea de índole físico o psíquico, a diferencia de la nomenclatura *cliente*, utilizada para los casos de medicina voluntaria o satisfactiva.

Ahora, una importante consecuencia práctica que implica analizar la responsabilidad profesional del médico, distinguiendo si la actividad que realiza apunta a una finalidad terapéutica o no, es que dicha circunscripción incidirá directamente en el régimen probatorio aplicable (Asúa-González, 2008; Ataz-López, 1985; Domínguez, 2007). Así, en el supuesto indicado, el paciente víctima del perjuicio, además de tener que acreditar el daño y el nexo causal, ha de correr con la carga de la prueba de la culpa o negligencia del demandado (García-Garnica, 2010; Asúa-González, 2008; Domínguez, 2007; Yzquierdo-Tolsada, 2001b)¹.

Al respecto, cabe recalcar que la posición probatoria en la que se encontraría el acreedor de una obligación de medios –sede contractual– es sustancialmente idéntica a la que tendría la víctima del daño aquiliano –sede extracontractual–. Esto es así porque en ambos casos, tanto el acreedor contractual como la víctima aquiliana, para configurar la responsabilidad del deudor o dañante respectivamente, tendrán la carga de acreditar: el daño, el nexo causal y la culpa o negligencia (Rodríguez-Marín, 2006; Luna-Yerga, 2004; Asúa-González, 2008; Díaz-Regañón, 1996).

¹ Destaca Yzquierdo Tolsada (2001b) que “en las obligaciones de actividad o de medios el problema no es de causalidad/ no causalidad sino de culpabilidad/no culpabilidad: si convenimos en que el objeto de la obligación consiste en una actividad diligente, no importa que el paciente no sane o que el abogado pierda el pleito: habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente; y cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, ha cumplido con su obligación” (p. 126).

En relación con el momento en el que ha de efectuarse la calificación de la obligación del médico, hay que destacar que es un ejercicio que deberá ser realizado por el sentenciador no antes de iniciado el juicio, sino que *a posteriori*, materializándose en el tramo final del litigio². Esto cuando la capacidad argumentativa o las pruebas aportadas por las partes hayan logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido de la obligación reclamada (Yzquierdo-Tolsada, 2001b; Galán-Cortés, 2016).

Otro aspecto de la medicina asistencial que merece ser destacado, y en el que se aprecia una diferencia de tratamiento respecto de la medicina voluntaria, apunta al nivel de exigencia de información sobre los riesgos de la intervención. Así, tratándose de casos de medicina curativa el galeno estaría obligado a informar al paciente sólo respecto de los riesgos típicos que conlleva una determinada actuación médica, entendiéndose por tales a aquellos que usualmente son asociados al tratamiento o intervención médica que va a ser realizada (Galán-Cortés, 2016; Domínguez, 2007). En otras palabras, el facultativo deberá informar a su paciente sobre la probabilidad del resultado de su actuación, y de las secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos, sean de carácter permanente o temporal, que usualmente se producen en el tipo de intervenciones a realizar (Seijas-Quintana, 2011).

Por último, nos parece útil concluir que respecto de la denominada medicina curativa, resultará prácticamente indiferente para la víctima de un perjuicio (salvo la conocida diferencia en el plazo de prescripción) el ejercicio de una acción de naturaleza contractual o aquiliana. Esto es así, porque lo fundamental a la hora de establecer la responsabilidad del galeno en las actividades médicas que se realizan con una finalidad terapéutica es determinar bajo qué supuestos se puede entender que la conducta del facultativo ha sido negligente, para lo cual, con absoluta independencia del régimen de responsabilidad aplicable, bastará con recurrir a la comparación de su actuar con aquellos parámetros de conducta que determina la respectiva *lex artis*.

La denominada medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva

La medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva, es uno de los campos médicos que más se ha desarrollado en el último tiempo, pero también uno de los más polémicos. El impacto social que generan los errores médicos en personas sanas,

² Como bien ha destacado Yzquierdo (2001b). “no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligación nos encontramos. Ni siquiera en lo que “desde fuera” pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso teórico que da el demandante con su material probatorio. Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al tiempo insatisfacción del interés primario” (pp. 128-129).

no sólo se ha convertido en un problema para la imagen de este tipo de medicina (Rodríguez-Marín, 2006), sino que también ha propiciado una explosión de demandas en contra de facultativos que practican este tipo de actividades.

Como ya se ha destacado, el carácter esencial de este tipo de medicina es la ausencia de una patología previa por parte del interesado, quien acude al galeno no con la finalidad de tratar una enfermedad, sino que con el claro objetivo de obtener otro tipo de beneficios, los cuales apuntan a mejorar imperfecciones de corte estético o modificar su capacidad reproductora.

En consideración con lo apuntado, resulta común la equiparación de medicina voluntaria sólo con la cirugía estética o con los llamados servicios de belleza, sin embargo, debemos considerar que este tipo de prestación médica no sólo abarca la citada modalidad, sino que también se refiere a ciertas actividades odontológicas como las de implantes y prótesis, las cuales junto con buscar una finalidad estética tienen por objeto satisfacer una necesidad práctica del paciente. También han de incluirse dentro de la mentada clase aquellas intervenciones dirigidas a la transformación de una función biológica, como son las vasectomías y ligaduras de trompas (Pérez-Rubio, 2006; Llamas-Pombo, 1988; Rodríguez-Marín, 2006).

Según lo anterior y sin ánimo de ser exhaustivos, cabe enunciar algunos casos que, doctrinariamente han sido catalogados dentro de la medicina voluntaria o satisfactiva (López-Mesa, 2007; Penneau, 1993; Munar-Bernat, 2006; Rodríguez-Marín, 2006)³, así: i) Realizarse una operación de cirugía estética (*lifting*, *peeling*, aumento de busto, lipoaspiración, etc.); ii) Tratamiento para alargamiento de piernas; iii) Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos; iv) Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas; v) Realización de una circuncisión ritual; vi) Implantes de piezas y prótesis dentales; vii) Implante capilar y de bótox.

Otro factor que resulta interesante destacar dentro de la medicina satisfactiva, dice relación con la calificación del sujeto que acude a un determinado especialista con el objeto de someterse a una de las prestaciones anteriormente enumeradas. Al respecto, hay cierto acuerdo en denominarlo cliente y no paciente (Rodríguez-Marín, 2006; López-Mesa, 2007; Seijas-Quintana, 2011), principalmente porque éste acude al galeno, no para tratarse una dolencia o enfermedad, sino que de forma absolutamente voluntaria busca con este tipo de intervención médica otro tipo de beneficios –estéticos, reproductivos, etc.–. Es en este punto donde se presentarían importantes diferencias con la medicina curativa, puesto que la falta de necesidad en la intervención, característica de la medicina satisfactiva, hace que la actividad realizada dentro de este ámbito sea evaluada según estándares de conductas, pero sobre todo de información, mucho más elevados que respecto de los casos de medicina asistencial.

³ En la enumeración seguimos el planteamiento del argentino López-Mesa, (2007, pp. 100-101).

Esta mayor rigurosidad, a nuestro juicio, encontraría explicación en que dentro del ámbito de la medicina voluntaria el riesgo de fraude a los consumidores y usuarios –sobre todo si tomamos en consideración que vivimos en una sociedad altamente mercantilizada–, se torna cada vez más alto. Esta situación toma incluso tintes de gravedad, cuando mediante campañas publicitarias se envía al consumidor un mensaje o imágenes sobre los beneficios de tratamientos estéticos o reproductivos sin consideración alguna de los riesgos que implican. Se logra influenciar en dichos casos, mediante la distorsión u ocultación de información, las decisiones que puedan adoptar los sujetos sobre un bien tanpreciado como lo es su integridad física y psíquica.

Tradicionalmente se ha entendido que las obligaciones que emanan para el facultativo en el ámbito de la medicina satisfactiva son calificables como obligaciones de resultado, obligándose por ende el médico a lograr un fin determinado y concreto, no siendo relevante la diligencia comprometida para su obtención.

En este orden de ideas, cabe destacar que frente a la no consecución del resultado esperado la culpa del facultativo se presumirá, recayendo sobre éste la carga de acreditar que el incumplimiento fue a causa de un caso fortuito o fuerza mayor. Como puede apreciarse, en estos casos no será necesario probar ninguna culpa puesto que ésta se supondrá para quien estaba obligado a lograr un resultado y no lo consigue, salvo que demuestre la imposibilidad de actuar adecuadamente (Rodríguez-Marín, 2006). En otras palabras, lo que importa aquí es el fin perseguido y no obtenido, con culpa o sin ella.

Las obligaciones del médico en el ámbito de la medicina voluntaria

Al analizar las obligaciones que contraería el facultativo cuando su actuar se circunscriba a este ámbito de la medicina, resulta pertinente subrayar que es dentro de la denominada medicina voluntaria donde tiene pleno sentido el ejercicio de acciones de naturaleza contractual cuando el resultado esperado no se ha obtenido, lo cual trae como consecuencia la plena vigencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, a diferencia de lo apuntado respecto de la medicina curativa donde dicha distinción carecería de efectos prácticos.

De esta forma, dentro del ámbito de la medicina satisfactiva la discusión que versa sobre la naturaleza de las obligaciones –de medios o resultado–, que adquiriría el médico en ejercicio de su actividad no ha sido para nada pacífica, perfilándose diversas soluciones al respecto. Así, en primer lugar, hay quienes han defendido que las obligaciones adquiridas por el facultativo en el ejercicio de este tipo de medicina deben encuadrarse dentro de las denominadas obligaciones de resultado, las que emanarían exclusivamente de un contrato de obra celebrado entre el médico y su cliente (García-Garnica, 2010; Domínguez, 2007; Yzquierdo-Tolsada, 2001b; Vaquero, 2005).

Una segunda doctrina la encontramos en aquellos que, contrariando la posición anterior, plantean que en los supuestos de medicina voluntaria no cabe hablar de obligaciones de resultado, puesto que toda actividad médica conlleva una incertidumbre de la cual el facultativo no puede desprenderse por más que la ciencia avance (De Ángel, 2006; Cabanillas-Sánchez, 1993), lo cual implica que “no se garantiza la infalibilidad del resultado y habrá que atender en todo caso al cumplimiento por el cirujano de las normas de la *lex artis*. Por supuesto que, si como consecuencia de una intervención estética se produce un perjuicio para la salud por mala preparación, error, impericia, etc., del cirujano, éste responderá en la forma y medida de su imprudencia como con carácter general cualquier otro cirujano o facultativo que practique intervenciones terapéuticas”. (Cabanillas-Sánchez, 1993, p. 74).

Una variante de la citada tendencia argumenta que la atención debe ponerse en la relación concreta de que se trate, centrándose los esfuerzos en determinar la existencia de un determinado contrato y su contenido específico, lo cual permitirá calificar dicho contrato como de obra o no (Fernández-Hierro, 2007; Seijas-Quintana, 2011; Crespo-Mora, 2013). Agregan que, en caso de no poder determinar la real intención de las partes contratantes, la obligación del médico no puede ser más que de medios, puesto que “admitir lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a cargo de los médicos una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual” (Seijas-Quintana, 2011, p. 298).

Una tercera mirada a esta problemática sostiene que el acento no hay que ponerlo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, sino que se debe insistir en el deber de información, en este sentido destacan que “el acento debe ponerse en el deber de información que tiene que abarcar todos los riesgos posibles, incluso los que sólo se producen excepcionalmente. Sólo existe consentimiento si hay absoluta información. Pero, además, el médico debe valorar tales riesgos para poder encontrar una adecuada proporcionalidad entre ellos y el beneficio esperado, porque aunque exista un consentimiento del paciente debidamente informado, la conformidad del paciente con una intervención estética que no presenta una proporcionalidad de ventajas proporcionadas a los riesgos asumidos puede generar responsabilidad en el cirujano” (Martínez-Pereda, 1997, p. 346).

Por último, están aquellos que plantean que la configuración más acorde a las especiales características que presenta la medicina satisfactiva es aquella en donde

el médico configura su actividad por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, pero muy cercano al contrato de obra, debiendo calificarse la obligación del médico como obligación de medios acentuada (Galán-Cortés, 2010; Galán-Cortés, 2016; Rodríguez-Marín, 2006; Pérez-Rubio, 2006; Martín-Casals y Solé-Feliu, 2002). En este caso, si bien no se garantiza el resultado, por todo el componente aleatorio inherente a cualquier actuación médica, debe partirse de una cierta garantía en su actuación médica, siendo especialmente relevante, junto a la obtención del resultado pretendido, una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y posibles alternativas de la intervención, e incluso de la posible eventualidad de un mal resultado.

En igual sentido, subrayan Martín-Casals y Solé-Feliu (2002), que si se analiza la jurisprudencia que ha calificado la obligación del médico como de resultado, en el ordenamiento español, habría que llevar a cabo dos matizaciones. La primera es que la mayoría de las sentencias en las que se alude a la obligación del médico como de resultado lo hacen *obiter dicta*, para resolver después un supuesto distinto que califican como de medios. Por otro lado, la segunda se refiere a que cuando el Tribunal Supremo analiza supuestos de medicina no curativa, considera que estas obligaciones, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios –que impone al facultativo una obligación de medios–, se aproximan de manera notoria al arrendamiento de obra, sin que ello signifique un cambio en el régimen de responsabilidad. En consecuencia, se llega a producir, a lo sumo, un incremento en el nivel de diligencia exigible, que se manifiesta no sólo en actuar conforme a la *lex artis*, sino que también en una especial exigencia del deber de informar al cliente.

CONCLUSIONES

Para dar respuesta a la interrogante sobre la naturaleza de las obligaciones que emanarían del contrato celebrado entre médico y paciente, resulta útil acudir a la diferenciación entre medicina voluntaria o satisfactiva y medicina curativa o asistencial, según sea la finalidad buscada por la respectiva actuación médica. Para efectos de calificar una determinada actividad médica como curativa o voluntaria es fundamental centrarse más en la existencia o no de una necesidad terapéutica en el paciente que en la actividad concreta a realizar. De esta forma, podemos encontrarnos en algunos casos con cirugías estéticas, reconstructivas por ejemplo, que tendrán el carácter de curativas, no por la particular actuación médica, sino porque existe una real necesidad terapéutica en la actuación.

Tanto en la medicina curativa como en la voluntaria, la respuesta sobre la configuración de la obligación del médico como de medios o de resultado no es una respuesta con una solución unívoca. Por el contrario, son muchos los matices

que confluyen en el caso concreto, por lo que dicha calificación dependerá de lo que se haya pactado expresamente y de lo que el paciente o cliente (según proceda), aunque no haya pacto expreso, puede esperar de acuerdo con la naturaleza del contrato y las características de la prestación.

Cuando nos encontremos ante un caso de medicina curativa o terapéutica, por regla general y salvo pacto en contrario, el contrato celebrado entre médico y paciente tendrá las características de un contrato de asistencia sanitaria. En efecto, asume el facultativo una obligación de medios con su paciente, no garantizando el médico la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes del caso.

Para responder si la obligación que contrae el facultativo con su cliente en caso de medicina voluntaria, es de actividad o de resultado, es necesario centrarse en tres cuestiones previas: en primer lugar, habrá que analizar si existe pacto expreso en un sentido o en otro. En segundo lugar, y en caso de ausencia de pacto expreso, se torna indispensable tener a la vista tanto la naturaleza como las especiales características de la prestación, así como también la publicidad previa, cuestión que cada vez se torna más habitual en este tipo de prestaciones. Y en tercer lugar, resulta relevante considerar la información que se le suministre cliente a la hora de contratar, puesto que ésta delimitará la respectiva prestación.

De esta forma, cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad las partes pacten expresamente que el facultativo se obligue a la consecución o no de un resultado determinado habrá de estarse a lo acordado libremente por las partes materializándose, por regla general en la medicina voluntaria, la obligación de este último en una clara obligación de resultado.

Por otra parte, y aplicando criterios de realidad, podemos sostener que al considerar la naturaleza del contrato de asistencia sanitaria celebrado con ocasión de una intervención voluntaria cabe concluir que dicho pacto genera una obligación de resultado para el facultativo. Otra solución no nos parece realista, puesto que si una mujer acuerda realizarse una liposucción o un hombre solicita un injerto de cabello, el médico necesariamente ha de comprometerse a obtener el resultado pretendido a menos que expresamente se pacte lo contrario, ya que nadie se somete a una operación de tales características si no se le garantiza un resultado determinado.

Respecto de la información que el médico pueda suministrar al cliente con relación a la intervención a efectuar (posibilidades de éxito, existencia de secuelas, etc.), cabe destacar que ésta tendrá la virtud de delimitar la respectiva prestación en el entendido que si de la información proporcionada se desprende que no se está garantizando este o aquel resultado, en dicho ámbito existirá una obligación de medios. Por lo tanto, la información entregada por el facultativo con ocasión de

una intervención de medicina voluntaria permite deducir en qué medida el galeno se compromete a la obtención del resultado pretendido. Dicho de otro modo, en una operación de aumento –o reducción– de mamas, puede ocurrir que el médico advierta que cabe la posibilidad de que queden cicatrices. En ese caso el profesional no está garantizando el resultado de que la operación no dejará cicatrices, pero sí se está comprometiendo a obtener el resultado consistente en aumentar o reducir las mamas en función de lo pactado (15%, 20%, etc.), existiendo en consecuencia una obligación de resultado respecto del aumento o disminución de mamas y una obligación de medios respecto de la existencia o no de cicatrices.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso-Pérez, M. (1997). *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*. Barcelona, España: Bosch.
- Asúa-González, C. (2008). Responsabilidad civil médica. En F. Reglero-Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* (pp. 697-815). Cizur Menor: Aranzadi.
- Ataz-López, J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, España: Montecorvo.
- Bello-Janeiro, D. (2009). La responsabilidad sanitaria. En D. Bello-Janeiro (coord.), *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil* (pp. 219-315). Madrid, España: Reus.
- Pérez-Rubio, L.B. (2006). El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva. En E. Llamas-Pombo (Coord.), *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso* (pp. 175-198). Madrid, España: La Ley.
- Cabanillas-Sánchez, A. (1993). *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona, España: Bosch.
- Concepción-Rodríguez, J. (2009). *Derecho de daños*. Barcelona, España: Bosch.
- Crespo-Mora, M. (2013). La prestación debida por el personal médico-sanitario en el ámbito de la medicina voluntaria. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, (30), 397-404.
- De Ángel-Yágüez, R. (2006). El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? En E. Llamas-Pombo (Coord.), *Estudio de derecho de obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso* (pp. 419-468). Madrid: La Ley.
- De la Maza Gazmuri, I. y Pizarro Wilson, C. (2012). *Responsabilidad civil: casos prácticos*. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- Demogue, R. (1925). *Traité des obligations*. Paris, France: Arthur Rousseau.
- Díaz-Regañón, y García-Alcalá, C. (1996). *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Díez-Picazo y Ponce-De León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II*. Madrid, España: Civitas.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2002). *Sistema de Derecho Civil, II*. Madrid: Tecnos.
- Domínguez, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre derechos de paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid, España: Lex Nova.
- Fernández-Hierro, J. (2007). *Sistema de responsabilidad médica*. Granada, España: Comares.
- García-Garnica, M. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Galán-Cortés, J. (2010). Comentario a la STS de 21 de octubre de 2005. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Selección de estudios jurisprudenciales de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad Extracontractual* (pp. 500-509). Cizur Menor: Aranzadi.

- Galán-Cortés, J. (2016). *Responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Civitas.
- Gómez-Calle, E. (1998). El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. *Anuario de Derecho Civil*, 51, 1693-1767.
- Jordano-Fraga, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, 44, 5-96.
- Jourdain, P. (2007). *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- Le Tourneau, P. (1982). *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- Llamas-Pombo, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium.
- Llamas-Pombo, E. (2002). La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas. *Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal*, (2), 487-546.
- Lobato-Gómez, J. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. *Anuario de Derecho Civil*, 44: 651-734.
- López-Mesa, M. (2007). Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado. En López Mesa, M. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Médica* (pp. 1-398). Buenos Aires, Argentina: Legis.
- Luna-Yerga, A. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid, España: Civitas.
- Martín-Casals, M. y Solé-Feliu, J. (2002). Comentario de la sentencia de 7 de junio de 2002. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (60), 1097-1122.
- Martínez-Pereda-Rodríguez, J. (1997). *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada, España: Comares.
- Mazeaud, H. (1936). Essai de classification des obligations. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 35, 1-58.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. & Tunc, A. (1965) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Paris: Éditions Montchrestien.
- Munar-Bernat, P. (2006). Daños causados por actos médicos. En Llamas-Pombo, E. (Coord.), *Estudios de jurisprudencia sobre daños* (pp. 449-484). Madrid, España: La ley.
- Parra-Sepúlveda, D. (2014). *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa* (Tesis inédita de Doctorado en Derecho). Universidad Carlos III, Madrid, España.
- Parra-Sepúlveda, D. (2014). La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica. *Revista Acta Bioethica*, (2), 207-213.
- Penneau, J. (1993). Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complication. *En Recueil Dalloz*, sec. Sommaires commentés.
- Penneau, J. (2004). *La responsabilité du médecin*. Paris: Dalloz.
- Pizarro-Wilson, C. (2017). La responsabilidad civil médica. Santiago: Thomson Reuters.
- Pizarro-Wilson, C. (2013). La Obligación de Resultado en el Contrato Médico. hacia una Responsabilidad Objetiva. En J. Varas Braun & S. Turner Saelzer (Ed.), *Estudios De Derecho Civil IX* (pp. 625-636). Santiago: Legal Publishing.
- Rodríguez-López, P. (2004). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Barcelona, España: Bosch.
- Rodríguez-Marín, C. (2006). *Medicina satisfactiva*. En A. Orti Vallejo (Coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (pp. 281-339). Cizur Menor: Aranzadi.
- Seijas-Quintana, J. (2011). Responsabilidad médica: nueva visión del tribunal supremo ante la medicina curativa y satisfactiva y la obligación de medios y de resultados. En M. Herrador-Guardia(Coord.), *Derecho de Daños* (pp. 287-311). Madrid, España: Sepin.

Darío Parra-Sepúlveda, Pamela Mendoza-Alonzo y Ricardo Concha-Machuca

Vaquero-Pinto, M. (2005). *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*. Granada, España: Comares.

Yzquierdo-Tolsada, M. (2001a). La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo: Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia. *Derecho Sanitario*, 9 (1), 35-50.

Yzquierdo-Tolsada, M. (2001b). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.