

**LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO
CIVIL Y SU IMPACTO EN LOS REMEDIOS FRENTE AL
INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SANITARIA***

***THE PROPOSAL TO MODERNIZE THE SPANISH CIVIL CODE
AND ITS IMPACT ON THE HEALTH CONTRACT'S NON-
PERFORMANCE***

Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 242-279

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades "Remedios contractuales en fase preliminar: nulidad, anulabilidad y responsabilidad extracontractual" PID2023-148193NB-I00 (Il. PP. Rodríguez-Rosado y Legerén-Molina). Parte del mismo se corresponde con nuestra participación titulada "Los remedios frente al incumplimiento de la prestación sanitaria", en el I Congreso "Una mirada joven al nuevo derecho de contratos", celebrado en la Universidad de Cádiz, del 24 al 25 de octubre de 2024.

Luis CORPAS
PASTOR

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 19 de diciembre de 2024

RESUMEN: Este trabajo analiza la Propuesta Reformada de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos, centrándose en los remedios frente al incumplimiento en su variedad de cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria, así como su coherencia, eficacia e integración de las herramientas que ofrece la Propuesta para garantizar una reparación integral conforme con el “interés positivo” en un contrato de esta naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Contratos; incumplimiento; interés positivo; indemnización.

ABSTRACT: *This paper analyzes the latest Proposal to Modernize the Spanish Civil Code regarding to obligations and contracts, focusing on remedies in breach (defective compliance) of the contract. Its coherence and effectiveness are studied, as well as the integration of the concept of “positive interest” of the creditor of the health care provision as a tool to guarantee a comprehensive repairation.*

KEY WORDS: *Contracts; breach; positive interest; damage compensation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- I. Objeto y enfoque del análisis.- A) *Problemas en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.*- B) *La PMR y la indemnización en lugar del cumplimiento.*- II. METODOLOGÍA.- III. RESULTADOS.- 1. La prestación sanitaria como objeto de las obligaciones contractuales.- A) *La (nova) lex artis.*- B) *Las actuaciones inexcusables del deudor de la prestación de servicios.*- 2. El cumplimiento defectuoso en el marco obligacional.- 3. La PMR y los remedios propuestos ante el incumplimiento del contrato.- 4. La protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria que se ha cumplido de forma defectuosa.- A) *El interés contractual y la responsabilidad.* B) *El interés positivo del contrato en la PMR como medida del resarcimiento.*- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La reciente Propuesta Reformada de Modernización del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (en adelante, PMR), publicada el pasado 31 de julio, plantea una profunda revisión en esta materia que comenzó décadas atrás, acercando al derecho interno ciertas herramientas de *soft law* presentes en el moderno derecho de contratos europeo¹ e incorporando una codificación más precisa, y a nuestro juicio necesaria, en el derecho privado sobre los remedios aplicables ante incumplimientos prestacionales en el ámbito privado.

I. Objeto y enfoque del análisis.

Este trabajo se centra en el análisis de cómo dicha reforma aborda los incumplimientos en su modalidad de cumplimiento defectuoso, con el objetivo de evaluar su impacto en la protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria y en la eficacia de los remedios contractuales previstos para

¹ Diversos aportes doctrinales venían afirmando la permeabilidad del Derecho Civil patrio a las soluciones ofrecidas por las regulaciones de otros países de nuestro entorno, no solo europeos sino también del modelo angloamericano, del cual derivan muchas de estas; todo ello con una influencia final sobre el ordenamiento interno. Vid. AA. VV.: *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa* (coord. M. M. HERAS HERNÁNDEZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2015. En el fondo subyace una “regla fundamental de la sociedad moderna relativa al resarcimiento”, según la cual, el dañado “tiene derecho a que le indemnice quien actuó intencionadamente o inobservando la diligencia que le corresponde como propugnaba el Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR). Cfr. ROCA TRIAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 21-23.

Por otra parte, la perspectiva extranjera puede ser clarificadora respecto al efecto y alcance no solo de la legislación europea, sino también la influencia de este modelo importado en nuestro ordenamiento. En este contexto, la aceptabilidad y la conformidad del derecho privado explican una “moderna teoría general del contrato, estimulada fundamentalmente por la globalización y por proyectos de unificación contractual, principalmente europeos, y proyectos nacionales de modificación de los códigos de derecho privado”. Vid. RENIGO GARCÍA, E.: “Reseña bibliográfica. Isué VARGAS BRAND, Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo, BOE, Madrid, 2023.”, *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024, p. 297.

• Luis Corpas Pastor

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil (acreditado a Prof. Contratado Doctor) de la Universidad de Málaga. Doctor por la Universidad de Málaga (Premio Mejor Tesis Doctoral Derecho Privado 2022, RAJL, Granada). Licenciado en Derecho (Premio Fin de Carrera UMA; Premio Nacional Fin de Educación Universitaria, Ministerio Educación y Universidades). Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas, UNED; Licenciado en Odontología con Grado, UGR; Doctor en Odontología, UGR. Diversa formación de Posgrado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>. Correo electrónico: lcorpas@uma.es.

estas situaciones, con la mirada puesta en un contexto muy concreto: el contrato (privado) de tratamiento médico.

Para ello, en primer lugar, comenzaremos tratando de delimitar el concepto de prestación sanitaria como objeto de las obligaciones nacidas como consecuencia del contrato de tratamiento médico y sanitario en general, identificando sus particularidades y el marco normativo conocido -y en ocasiones transgredido- que las regula.

A continuación, se examina el incumplimiento defectuoso como una categoría específica dentro de la teoría general del incumplimiento, subrayando las implicaciones jurídicas que plantea tal cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria en términos de responsabilidad y resarcimiento. En este contexto, se analizan los remedios previstos en la PMR, prestando especial atención a su coherencia interna y a su capacidad para garantizar una protección efectiva de los derechos del acreedor en tales casos de incumplimiento. La idea reside en el análisis del tipo de incumplimiento más frecuente: el cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria que genera daño no patrimonial -ya sea corporal, moral estricto, o relacional- para el acreedor insatisfecho.

Finalmente, se explora el concepto de interés positivo del acreedor cuando sobre su integridad corporal recae el objeto del contrato defectuosamente cumplido y su relevancia para una reparación integral, destacando su tratamiento en la reforma propuesta y su potencial impacto positivo en la resolución judicial de conflictos derivados de este tipo de incumplimiento, que en la anterior Propuesta de la Comisión General de Codificación se destacaba “su naturaleza unitaria, y porque funciona con un carácter neutral, destacando la idea de la insatisfacción del interés del acreedor”².

Antes de comenzar el análisis conviene destacar que la PMR no está exenta de críticas, sobre todo en cuanto a las reglas de derecho “intertemporal” aplicables al cambio normativo propuesto, por cuanto expresamente se declara en la Propuesta que la misma carece de disposiciones transitorias y opta por “remitirse en este punto a lo que llama el Derecho transitorio general, esto es al art. 2 CC y a las propias disposiciones transitorias del Código civil, en lo que resulten ser aplicables”³. Ello implica que se aplicará el actual texto codificado a las relaciones jurídicas que nacieron antes de la entrada en vigor de la PMR, en una suerte de “ultraactividad” del Código civil debida a la irretroactividad de las leyes que prevé

2 FENOY PICÓN, N.: “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *ADC*, vol. 63, pp. 47-136.

3 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos”, *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024, pp. 1-33.

el art. 3.2 CC. Por lo tanto, a dichos conflictos nacidos antes de la entrada en vigor de la PMR, les será de aplicación el actual Código civil y no aquella⁴.

GARCÍA RUBIO sostiene que, aunque la PMR no contiene reglas de retroactividad expresa, sin embargo, es posible admitir una “retroactividad tácita”⁵ porque muchos de sus preceptos propuestos son interpretaciones de la legislación actual o bien, suponen la “plasmación en el texto legal de las reglas que ya vienen aplicando nuestros tribunales y demás operadores jurídicos”. Cabe preguntarse entonces si por la vía de la reforma propuesta se está integrando la jurisprudencia y el *soft law* europeo, en una suerte de codificación de la descodificación...

A) *Problemas en la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.*

Para comenzar, resulta imprescindible situar el análisis propuesto partiendo de una distinción fundamental clásica entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual.

La teoría general del derecho diferencia ambas de forma nítida, pero en el ámbito del derecho sanitario forense (es decir, el invocado habitualmente en los tribunales) se evidencian límites difusos en sus fundamentos, pedimentos e incluso en las resoluciones judiciales, que con demasiada frecuencia trasvasan alegremente institutos de una sede a otra. Ello ha llevado a una interpretación normativa expansiva, en la que conceptos propios de la responsabilidad extracontractual, como la reparación integral del daño, son aplicados en conflictos de base contractual.

La responsabilidad civil contractual, regulada en el art. 1101 CC, surge por un incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato (o las integradas en el mismo a tenor de lo previsto en el art. 1258 CC)⁶. En cambio, la responsabilidad

4 *Ibid.*, pp. 13-16.

5 *Ibid.*, p. 20. Afirma la autora que este pudiera ser “el caso de alguno de los artículos de la PMR que recoge conceptos consolidados ya en la práctica vigente, pero no delimitados por el legislador con la suficiente claridad y generalidad, como puede ser el de daño patrimonial y no patrimonial del art. 1188.”. Resulta trascendente el matiz que introduce el art. 1188.3 PRM, cuando señala de forma nítida que “el daño no patrimonial será indemnizable cuando lo exija la ley o lo justifique la naturaleza del contrato”.

6 ARCOS VIEIRA, M. L.: “Sobre el carácter ‘contractual’ o ‘extracontractual’ de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales”, en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. SOBACHO GÓMEZ), Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 391-392. Según la autora, para que exista responsabilidad contractual es necesario que se dé entre los interesados “una previa relación contractual—o asimilable—” caracterizada “por la libertad inicial del acreedor en la decisión de constituir tal relación con quien finalmente va a causarle un perjuicio” y también existirá “en aquellos incumplimientos de obligaciones legales que integra el propio contrato”. Obviamente, ambos sujetos han de contar con la autonomía necesaria para dotar del contenido que deseen. A esto añade la aplicabilidad del art. 1101 CC y concordantes “a las obligaciones que son al mismo tiempo legales y contractuales o negociales”, es decir, provenga la obligación incumplida del propio contrato o bien de la ley que acaba provocando un daño en el paciente sin que tenga este el deber de soportarlo.

extracontractual surge por el daño producido como consecuencia de la vulneración del principio general de indemnidad consagrado en el art. 1902 CC.

Esto, que parece tan obvio, se confunde en la práctica cuando se solicitan indemnizaciones sobre la base de postulados asentados en sede extracontractual, basados en el daño provocado al paciente, aunque en realidad se trate de un escenario claramente contractual. BELLO JANEIRO recuerda que se trata de situaciones a las que la "ley por ahora les atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa"⁷.

Habría que plantearse si trasladar institutos de una sede a otra es admisible en un Estado de Derecho -por más que el nuestro sea social y democrático y procure ser justo- por meras cuestiones de seguridad jurídica; al margen de una razonabilidad doctrinal indispensable. Efectivamente, hasta ahora se viene observando en sede judicial el trasvase de instrumentos normativos que pertenecen al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual cuando nos encontramos en un ámbito contractual, en el que se cuestiona aún la posibilidad de indemnizar daños morales o relacionales u otros daños no patrimoniales y en el que resulta difícil encajar instrumentos e instituciones propias de la responsabilidad civil extracontractual; en la que la reparación integral del dañado es su consecuencia⁸.

Esta tendencia, como se observa en numerosos casos de responsabilidad médica, puede resultar en una aplicación distorsionada de las normas, generando soluciones jurisdiccionales creativas, en las que los tribunales vienen mezclando en la responsabilidad médico-sanitaria conceptos propios de la responsabilidad extracontractual como la reparación integral del daño, cuando estamos en sede claramente contractual. Así, no son pocas las resoluciones judiciales que ofrecen soluciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual en casos ubicados en otra sede bien diferente, al existir un contrato cuyo cumplimiento defectuoso tiene como resultado un daño al paciente, llevando en ocasiones la exégesis normativa a crear soluciones jurisdiccionales artificiosas.

7 BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, p. 29.

8 Cfr. MONTERROSO CASADO, E.: "La reparación *ad integrum* por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes", *Cuadernos de Derecho Privado*, 9, 2024, pp. 99-136. La autora recoge la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el daño moral, integrado "en el ámbito del artículo 1902", con cita de la STS 21 noviembre 2023 (ROJ 2023, 5194); entre otras, en la que se declara que el daño moral "es aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad". En la actualidad, "la indemnización por daño moral se admite sin ningún género de duda" en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. No así en el ámbito contractual.

MORALES MORENO destaca la necesidad de una regulación más armónica en materia de obligaciones y contratos⁹, mientras que autores como DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁰ y DíEZ-PICAZO critican esta “yuxtaposición” entre regímenes de responsabilidad, aludiendo a una interpretación judicial que puede derivar en una “unidad de culpa civil”¹¹ en los casos más extremos, cuando ni siquiera se ha alegado por las partes el régimen jurídico concreto que aplica el Tribunal, basándose en una *causa petendi* concretada por este a partir del relato fáctico de las partes, desvinculándose de los fundamentos jurídicos en los que se hubieran basado estas, con anclaje en el principio de *iura novit curia*¹². Más recientemente, YZQUIERDO TOLSADA ha denunciado este “abuso manifiesto”, que sustituye “ora la incompetencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal”¹³ las previsiones normativas al amparo de este principio y mezcla criterios de imputación, culpabilidad o carga probatoria entre ambos regímenes¹⁴. Aunque la doctrina consolidada más autorizada critica este trasvase, aludiendo a una diligencia situada en la obligación, circunscrita a una concreta distribución de riesgos y no a otra diferente (art. 1104 CC)¹⁵, lo cierto es que la mayoría de los casos de responsabilidad médica involucran incumplimientos obligacionales del profesional que originan un daño medicolegal al paciente. Esta materia del derecho de daños es, como se ha señalado, “especialmente cambiante

- 9 MORALES MORENO, A. M.: “Presentación”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022, p. 44. Consciente de la necesidad de esta “armónica” inserción de una nueva regulación en materia de obligaciones y contratos (no solo en el seno del Código civil, sino en el resto del ordenamiento), el autor aboga por la redacción de un “proyecto de ley de bases [...]”, a partir del texto articulado de la Propuesta de modernización elaborado por la Comisión de Codificación”, que parece haber encontrado eco con la PMCC.
- 10 DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, 2007, pp. 73-74. Se trata, como afirma el autor, de casos en los que se aplica a esa base fáctica el principio de *iura novit curia*, en los que estamos ante lo que él denomina un “mito” que ha ido elaborando la jurisprudencia para cuando por un mismo hecho, son aplicables soluciones extracontractuales o contractuales, en concurso, incluso sin ser alegada de parte tal fundamentación jurídica.
- 11 DíEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (Reimp.), 2000, pp. 263-264. El autor califica de “falacia” estos supuestos –en los que se da en realidad, una concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual–, en los que los jueces podrían “resolver con arreglo a una u otra, aunque no hayan sido alegadas por la parte demandante” sobre los presupuestos de una probada base fáctica (*da mihi factum, dabo tibi ius*), aludiendo al trasvase del art. 1104 CC, olvidando con ello que dicho artículo se refiere a “obligación” como lugar en que debe expresarse la diligencia que se señala (es decir, la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda al caso concreto, en sede contractual). En definitiva, hace más de veinte años clamaba porque se rechazasen las “trampas” en supuestos de hecho donde el deudor y el acreedor han fundado la relación, precisamente, bajo el parámetro de la responsabilidad contractual, asumiendo por tanto una determinada distribución de riesgos desde el principio. Cfr. GARCÍA GARNICA, M. C.: “La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial”, en AA.VV.: *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*, (dirs. A. ORTÍ VALLEJO y M. C. GARCÍA GARNICA; coord. R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 340-344.
- 12 Para un análisis inicial, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 183 y ss. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario*, cit., pp. 73-74.
- 13 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 138.
- 14 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 1, 2001, pp. 35-50.
- 15 DíEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, cit., pp. 263-264.

y contingente, en pleno y constante desarrollo, lo que dificulta enormemente llegar a conclusiones estables y definitivas”¹⁶.

Sin embargo, el curso de la evolución del derecho de contratos parece orientarse hacia la unificación de ambos regímenes, primero a través de resoluciones judiciales expansivas en una suerte de justicia material y luego por la influencia de corrientes modernizadoras de dentro y fuera del sistema continental de responsabilidad, desde el *soft law* del Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés). Según ROCA TRÍAS, este propone que indemnice quien produzca el daño “independientemente de la relación jurídica de la que provenga dicho daño”¹⁷. Para esta autora, las funciones que cumple el derecho de daños en la actualidad son la “reintegración de la situación alterada al mismo estado que existía antes de la producción del daño” (a la que denomina función reintegradora que “se puede formular de un modo distinto en el sentido que la indemnización siempre debe producir el resarcimiento del daño causado”, denominándola función resarcitoria) junto a la “disuasoria o preventiva” en una suerte de “socialización del riesgo”¹⁸. Como afirma ARCOS VIEIRA, la jurisprudencia ha venido a permitir la aplicabilidad de preceptos ubicados en sede contractual a la responsabilidad extracontractual y viceversa, pero a través de interpretaciones expansivas cuando la responsabilidad en nuestro sistema claramente identifica como contractual el incumpliendo de obligaciones que nacen del contrato y como extracontractual, el daño que no deriva de una relación jurídica previa¹⁹. Esta tendencia se advierte no solo en España, sino también en otros sistemas continentales como los códigos civiles italianos, francés o alemán. En ellos, las obligaciones contractuales coexisten con las legales, y la expresión “relación libremente asumida”²⁰ aparece tanto en textos del *soft law* como en la jurisprudencia del TJUE.

Proviengan los aires de reforma del DCFR o de los principios europeos del derecho de daños (PETL, por sus siglas en inglés²¹), la tendencia innegable en nuestros tribunales es a indemnizar al dañado; independientemente de si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual²². Esta tendencia refleja una

16 LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, p. 30.

17 ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de*, cit., pp. 21 y ss.

18 Ídem.

19 ARCOS VIEIRA, M. L.: *Sobre el carácter*, cit., p. 392.

20 Ídem.

21 *European Principles of Tort Law* (EPTL, o PETL), [online]. Disponible en <https://www.egtl.org/docs/PETLSpanish.pdf>

22 Con nosotros, LLAMAS POMBO, E.: *Reflexiones sobre derecho*, cit., pp. 44-45; quien afirma “en la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de la responsabilidad civil: el primer actor ya no es [...] «el que causa daño a otro», ni tampoco [...] «los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...», sino precisamente ese «otro» que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca”.

evolución hacia la unificación de regímenes, en consonancia con la modernización del derecho de daños y las exigencias de acceso a una justicia material.

B) *La PMR y la indemnización en lugar del cumplimiento*

Como veremos más adelante, el incumplimiento abre una serie de remedios al acreedor de la prestación con efectos resarcitorios e indemnizatorios, constituyendo “el interés contractual positivo” la regla general en el derecho español como indemnización por daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil contractual²³. Lo que enlaza con nuestra hipótesis, que, avanzamos, tiene que ver con una respuesta más coherente al resarcimiento en estos casos, a través de la PMR, tomando el concepto de interés positivo como medida del resarcimiento en un contrato perfectamente válido y que el paciente tiene interés en que se cumpla, porque se obligó de buena fe, pero la prestación sanitaria *in natura* resulta ya imposible conseguir, por una actuación errada del profesional sanitario que además ha ocasionado con su actividad daños al propio acreedor de la prestación.

Así, con la modificación propuesta (Arts. 1171 PMR: concepto de incumplimiento; 1173 PMR: remedios; 1174.2 PMR: especialidad de las obligaciones no pecuniarias; 1188.3 PMR: indemnización del daño no patrimonial y el art. 1194 PMR: indemnización o reparación en lugar del cumplimiento), se abre nuestro derecho codificado hacia una protección más coherente del interés positivo del contrato porque se procura un resarcimiento del acreedor insatisfecho ante incumplimientos contractuales. Llámese “indemnización en lugar del cumplimiento”²⁴, que es lo que a fin de cuentas le interesa al paciente cumplidor que no solo ha recibido una prestación sanitaria defectuosa, sino que, además, ha resultado dañado y, muchas veces, son “daños corporales que, conforme al estado de los conocimientos de la medicina, no admiten reparación”²⁵.

A los efectos de este trabajo, no es la naturaleza ni la nomenclatura del contrato lo que nos interesa, sino su defectuoso cumplimiento, que, como veremos más adelante, no deja de ser una forma de incumplimiento²⁶. Nos interesa

23 GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, núm. 3, 2007, p. 20.

24 Cfr. Art. 1171.1 PMCC que define el incumplimiento “cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta”.

25 LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBÍ Y PUIG, A. “Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español”, *InDret*, núm. 3, 2007, p. 5. Los autores sostienen que la víctima tiene un derecho de opción a una reparación del daño, bien por equivalente económico, o bien *in natura*, pero que este derecho no existe en este último caso cuando esta sea imposible (daño moral o lucro cesante); o cuando por su la naturaleza, los bienes dañados a reparar sean insustituibles, como es este caso.

26 Vid. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016, p. 43. Según este autor, en el ámbito de los Principios europeos del Derecho de contratos (PECL), se ofrece “un concepto flexible del incumplimiento, que permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor”.

fundamentalmente por dos motivos: en primer lugar, porque esa defectuosa prestación sanitaria, frecuentemente, implica la necesidad de indemnizar daños no patrimoniales corporales y/o morales, producidos al paciente en el seno del contrato y, en segundo lugar, más concretamente, nos interesa el interés positivo²⁷ del contrato como medida del resarcimiento de los perjuicios sufridos por el acreedor de la prestación sanitaria.

En el ámbito sanitario, en nuestra opinión, el interés positivo del acreedor incluye, cuando menos, el valor de la prestación y, en todo caso, la cuantificación de los daños morales ocasionados con ocasión de la ejecución defectuosa de dicho contrato, como los daños corporales y morales estrictos o bien relacionales, ocasionados como consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato. Porque no olvidemos que el acreedor de la prestación debe quedar como si se hubiera cumplido el contrato.

Por lo tanto, siguiendo con esta argumentación, se debería dejar al acreedor insatisfecho como mínimo en la misma situación en la que se encontraba cuando se configuró el programa prestacional defectuosamente cumplido (porque la consecuencia de haber cumplido el contrato incluye, además de lo expresamente pactado, no dejar al acreedor peor que antes de sufrir la actuación poco diligente del deudor). En nuestra opinión, por la naturaleza de un contrato cuyo objeto involucra la integridad personal de uno de sus contratantes, la indemnización debería abarcar todos los daños alegados y probados por el perjudicado dentro de la delimitación de riesgos que hubieran sido conocidos y previsibles al inicio del contrato, a tenor del 1107 CC; del lucro cesante y el daño emergente (abarcando este los daños morales, es decir, los menoscabos funcionales eventualmente producidos como consecuencia de la ejecución del contrato, así como el resarcimiento de los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos o daño moral²⁸).

27 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 235. El interés positivo se denomina interés de cumplimiento o interés de la ejecución, a diferencia del interés negativo, determinado por la "frustración del contrato y es el llamado «interés de confianza»".

28 Sobre la reparación del daño moral contractual, *vid.*, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual", *Revista Jurídica Univ Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 245-246. La autora expone la reticencia de la doctrina a indemnizar el daño moral contractual dentro del daño emergente, fruto de una interpretación histórica del Código civil, el cual no contempla expresamente la posibilidad de indemnizarlo a diferencia de los códigos italiano o alemán, que sí lo hacen "en los casos previstos por la ley", y aunque el art. 1149 del Code français, inspiración del nuestro 1106 CC, tampoco lo hace, pero señala que este "utiliza la palabra *pérdida*, y la doctrina francesa entiende que no ha de traducirse necesariamente por pérdida de dinero, sino por pérdida en sentido amplio". [La autora no lo dice, pero en Francia, la Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario (*Journal Officiel de la République Française* de 5 de marzo), inspiradora de nuestra Ley 41/2002, de 14 de noviembre, introdujo importantes modificaciones en materia de Derecho de daños al regular la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria; aspecto que sin embargo no alcanza la nuestra. *Cfr.* SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *Indret*, núm. 2, 2002, 6 pp. Además, la indemnización del perjuicio extrapatrimonial en el derecho francés (el "daño a la salud" italiano) ha acogido el concepto de "detrimento de las funciones de los órganos y miembros del cuerpo humano" en los baremos al uso, incluso en ciertos baremos contractuales en relación con

Hay que tener en cuenta que, como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN en relación con el daño no patrimonial, “(n)i los PECL, [...] ni el DCFR determinan los criterios concretos que permitan fijar en qué supuestos y bajo qué condiciones tal daño ha de indemnizarse. Estos textos se limitan a adoptar un concepto amplio de daño no patrimonial [...] fórmula abierta que permite ser aceptada con más facilidad por todos los países miembros de la Unión Europea, en los cuales hay una clara disparidad en el alcance de las reclamaciones por daños y perjuicios y en la clase de daños concretos que cabe reparar”²⁹.

La PMR viene a consagrar el interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria como una reparación *ad integrum* del paciente por daños contractuales globalmente considerados, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones primarias o secundarias del deudor de la prestación sanitaria. Todo ello, por ser conforme a la naturaleza de un contrato especial por su objeto que recae sobre la integridad del propio acreedor de la prestación sanitaria.

En definitiva, el análisis de la reforma de la PMR permite identificar una evolución hacia un modelo de responsabilidad más coherente y alineado con las necesidades del acreedor en casos de incumplimiento contractual, particularmente en contextos tan sensibles como el de la prestación sanitaria. Este enfoque procura garantizar que el acreedor quede “como si se hubiera cumplido el contrato”, incluyendo el resarcimiento por daños corporales, morales y relacionales sufridos debido a la actuación del deudor.

II. METODOLOGÍA.

En este trabajo hemos seguido un método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación: acceso a fuentes primarias de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, en lo que a responsabilidad médico-sanitaria se refiere. Finalmente, hemos realizado un análisis descriptivo de los mecanismos

el aseguramiento de personas. Vid. KOTEICH KHATIB, M.: “La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010, pp. 184-201.]. En nuestra opinión, entre los muchos argumentos que aporta RODRÍGUEZ GUTIÁN favorables a la reparación del daño moral contractual, dos serían los que alcanzan una naturaleza definitiva: por un lado, la protección integral de la persona que promueve la Constitución Española de 1978, “tanto en su esfera personal como en su esfera económica” que constituye un argumento sólido para una relectura de nuestro Código civil decimonónico y, por tanto, “cuando la normativa civil manda indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento contractual, ha de entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a su ámbito físico y psíquico”; y por otro, las tendencias internacionales de modernización y unificación del Derecho de Contratos, tanto a nivel europeo (*Principles of European Contract Law*, PECL, de OLE LANDO; el *Study Group of an European Civil Code*, liderado por VON BAR, o el Código Europeo de Contratos de GANDOLFI), como internacionales a partir de “los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales” (o PCCI), que son partidarios del resarcimiento del daño moral contractual.

29 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “La indemnización del daño moral contractual”, en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, p. 983.

actuales y los propuestos en la PMR ante el incumplimiento obligacional ocasionado por la defectuosa prestación sanitaria en el ámbito privado.

III. RESULTADOS.

I. La prestación sanitaria como objeto de las obligaciones contractuales.

El ámbito general de las prestaciones sanitarias en el marco contractual queda definido por el conjunto más o menos ordenado de obligaciones que asume el prestador de servicios que queda delimitado no solo por el consentimiento informado³⁰, sino por todas aquellas otras que sean conformes a la naturaleza del contrato y el resto de las obligaciones que regulan este particular contrato sinalagmático en el ámbito privado; que hemos seleccionado intencionadamente. Genéricamente, toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo (art. 1088 CC): se trata de la consecuencia jurídica nacida a veces de lo pactado en el contrato, o nacida de la ley o por ser conforme con la naturaleza de este. Es decir, las obligaciones emanan como consecuencias no solo de lo pactado, sino derivadas de la naturaleza del contrato (y que son propias de los usos integrados en el mismo) o *ex lege*, también de acuerdo con la propia naturaleza de éste.

Así las cosas, parece un dato cierto que la relación médico-paciente en el ámbito privado constituye un contrato³¹, puesto que existe un consentimiento entre el paciente y el profesional, sobre el objeto y la causa de la obligación. Pese a carecer de una tipificación específica en el derecho español, se suele encuadrar como un arrendamiento de servicios médicos³² o simplemente “contrato de servicios médicos”³³. Este enfoque coincide con el DCFR y las perspectivas del Derecho europeo de contratos, que lo consideran dentro de los contratos de servicios que requieren diligencia, habilidad y cuidado por parte del profesional sanitario³⁴.

30 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, (BOE núm. 274, de 15 de noviembre). El consentimiento informado (art. 8) se integra en la prestación sanitaria como un requisito más de esta, siendo necesario en “toda actuación en el ámbito de la salud”.

31 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho*, (Vol. I), cit., pp. 139 y ss. Hay que tener muy en cuenta que, en nuestro derecho, la palabra contrato se puede entender “como acto” y también “como norma que incide sobre una relación jurídica patrimonial”, referida al programa negocial o resultado normativo o reglamentario que debe ordenar la conducta de las partes contratantes. En nuestra opinión, tal dicotomía entendemos que resulta importante, en su primera acepción, distinguir la autonomía de la voluntad y los demás elementos que lo dotan de eficacia, y en la segunda, la función económica del mismo, que se muestra por el interés de los contratantes en llevarlo a cabo. El interés del acreedor el clave para el estudio de la responsabilidad contractual, como veremos.

32 Por todos, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 32-33.

33 LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: “El contrato de atención médica. Naturaleza Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2002, p. 55.

34 CRESPO MORA, M. C.: “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, núm. 2, 2013, p. 36. En el contrato de servicios “se exige habilidad y cuidado (IV.C.-8: 104)” y concretamente, dentro de ellos, “el profesional sanitario se compromete a proporcionar un tratamiento

El objeto del contrato lo constituye la prestación sanitaria (de hacer de forma diligente) de la que el paciente es acreedor y el profesional sanitario es deudor. Sin embargo, en la práctica médica, la prestación sanitaria puede abarcar un nivel de alta complejidad por lo que resulta pertinente realizar un somero análisis de la prestación sanitaria objeto de contrato y de las obligaciones que surgen para el prestador del servicio a consecuencia de éste.

En primer lugar, a través del necesario consentimiento informado, se establece habitualmente un sinalagma entre el profesional sanitario y el usuario de tales servicios (aunque igualmente podría configurarse entre otros profesionales y el destinatario de los cuidados médicos) que distribuye riesgos desde el principio, pero que configura el programa prestacional de acuerdo con la información transmitida sobre las diferentes opciones terapéuticas o diagnósticas, sus riesgos y alternativas. Este consentimiento informado reviste una “importancia capital” para el acreedor de la prestación sanitaria, existiendo una “vinculación de la información tanto con la facultad decisoria como con el consentimiento informado, entendiéndose por tal la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”³⁵, con cita de la famosa STC 28 de marzo³⁶.

Tiene razón ORDÁS ALONSO cuando sugiere que debería unificarse el régimen jurídico médico en cuanto a los deberes de información “con el único límite del estado de la ciencia en el momento de proceder a realizar el tratamiento o intervención”³⁷, con cita de la STS 13 abril 2006, la cual, deja meridianamente claro que “la responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto”³⁸. Sin embargo, parece necesario realizar una precisión al respecto, ya que, sin dejar de ser una actividad de medios, hay ciertos hitos o resultados concretos “procesuales” que deben realizarse inexcusablemente, algunos propios de la ciencia médica en el momento y en el caso concreto, y otros por exigencia legal. Este es el caso del consentimiento informado, derecho humano

médico al cliente [IV.C.-8:101 (I)]”. Cfr. JIMÉNEZ HORWITZ, M.: “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *ADC*, 2012, pp. 551 y 563. Por otra parte, el DCFR regula además el deber de evaluación previa del paciente (IV.C.-8:102, *preliminary assessment*), el deber de utilización de materiales de calidad (IV.C.-8:103, *obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises*), el deber de información (directamente, art. IV.C.-8:105, *obligation to inform*), el deber de recabar el consentimiento (IV.C.-8:108, *obligation not to treat without consent*), deber de registro o de documentación (IV.C.-8:109). Para caso de incumplimiento de estas obligaciones, el art. IV.C.-8:110 ofrece, entre otras, la aplicación de los remedios por incumplimiento dispuestos en el Libro III, Capítulo 3 DCFR.

35 ORDÁS ALONSO, M.: “la delgada línea roja entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. Hacia una unificación de régimen jurídico”, *Revista Boliv. de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 14-53.

36 STC 37/2011, de 28 marzo (RTC 2011, 37).

37 ORDÁS ALONSO, M.: “La delgada”, cit., p. 49.

38 STS 13 abril 2016 (RAJ 2016, 1639).

fundamental, positivado y exigible para cada intervención diagnóstica o terapéutica sobre un paciente, a no ser que medien excepciones tasadas legalmente³⁹.

A) *La (nova) lex artis*.

De entrada, cuando un paciente se somete a cualquier procedimiento, confía en recibir una atención diligente del profesional. La adecuación de la actividad del médico a la *lex artis* constituye la referencia con la que se mide si la prestación sanitaria es correcta. La *lex artis* constituye, entonces, el canon con el que se mide la adecuación de la prestación sanitaria⁴⁰. Es decir, se trata del “cumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de la actividad por los profesionales”⁴¹.

Esto último es importante, porque tiene en cuenta el caso concreto a la hora de identificar la concreta diligencia profesional como forma de realizar la prestación principal del médico que implica hacer las cosas conforme a unas reglas precisas teniendo en cuenta la situación del paciente y del momento y constituye “el criterio de valoración que indica el grado de diligencia exigible y, por tanto, cuyo incumplimiento dará lugar al nacimiento de la responsabilidad civil bajo un estándar de responsabilidad por culpa, es la llamada *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* o, simplemente, *lex artis*”⁴².

Como se espera un canon de diligencia superior al estándar, se trata de una actuación diligentísima del profesional (“los esfuerzos razonables que deben llevar a consumir lo comprometido”, según la doctrina americana del *best effort*, recepcionada por nuestro Tribunal Supremo⁴³).

39 Vid. CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2018. Desde un punto de vista estrictamente contractual, cfr. CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 402: “el legislador ha impuesto deberes de información precontractual o contractual a una parte frente a la contraparte contractual. [...] cuanto mayor sea el flujo de información útil suministrada por la parte concedora mayores serán las opciones del destinatario de tomar una decisión contractual con suficiente conocimiento de causa”.

40 Sobre la *lex artis*, vid. SEOANE, J. A.: “Lex Artis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 38, 2022, pp. 275-300. Para el autor, constituye un “estándar”, un tipo de norma que indica cómo debería actuar el profesional sanitario: “un ejercicio diligente, prudente y razonable que ha definirse en cada caso y en cada paciente”.

41 LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 46.

42 LUNA YERGA, A.: *La prueba*, cit., pp. 46-47. Nuestra opinión al respecto complementa esta visión, puesto que, desde la parte del acreedor de la prestación sanitaria, se puede afirmar que el paciente otorga su consentimiento (contractual) con pleno conocimiento de los riesgos, alternativas y consecuencias de no someterse al procedimiento diagnóstico o terapéutico del que se trate; porque tiene garantizado su derecho a ejercitar su autonomía con plena libertad cuando de la actuación sobre su salud se trata.

43 SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: “La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano”, *InDret*, núm. 1, 2022, pp. 141-142. Cita el autor la STS 23 mayo 2006 (RAJ) 2006, 3680) que se refiere a la *lex artis* que supone “no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza”.

Así, entre las obligaciones accesorias o secundarias que implica este contrato hay una que ha pasado a primera división: el consentimiento informado. Y lo ha hecho en tal medida que, actualmente, ha modificado la manera de calibrar la diligencia profesional del médico (y en general, de los profesionales sanitarios); configurando una (*nova*) *lex artis*.

Por lo tanto, entre los hitos que se descubren en la nueva *lex artis*, no puede pasarse por alto la correcta obtención del consentimiento informado por parte del médico para considerar correcta su prestación de hacer⁴⁴, en una suerte de contractualización de deberes precontractuales; cosa que ya se venía reconociendo desde los tiempos de *Von Jhernig*...

Luego, entre médico y paciente a través del consentimiento informado se genera un contrato que configura un auténtico *synallagma*, genético y funcional, que nace del acuerdo de voluntades descrito, pero cuyas prestaciones comprometidas dependen recíprocamente del cumplimiento de la otra; respectivamente⁴⁵. Parece necesario recordar que este contrato despliega sus efectos, precisamente, a partir del consentimiento informado por el que libremente el deudor de la prestación sanitaria se obliga con el paciente a realizar una diligentísima actividad sobre la persona del acreedor; puesto que tal obligación de actividad necesita, salvo excepciones legales, dicho consentimiento informado.

Por último, los servicios médicos no son ajenos a la responsabilidad objetiva derivada de la aplicación de la legislación especial de consumidores y usuarios, porque no olvidemos que estos servicios médicos se someten, entre otros, al ámbito de aplicación de la norma. Sin embargo, como aclara BELLO JANEIRO, únicamente se aplicaría esta responsabilidad objetiva cuando el médico hubiera desconocido determinados aspectos técnicos, o parámetros de calidad, "naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos", por lo que la interpretación de las normas que realiza el Tribunal Supremo lo desaconseja⁴⁶.

B) *Las actuaciones inexcusables del deudor de la prestación de servicios.*

El Tribunal Supremo ha reiterado en diversas ocasiones que la actividad del profesional sanitario debe calificarse, en términos generales, como de medios, salvo en situaciones excepcionales en las que se pueda deducir que se ha pactado

44 SEOANE, J. A.: "Lex Artis", cit., p. 287. La omisión del consentimiento informado "constituye por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, al lesionar el derecho de autodeterminación del paciente".

45 RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 11-12.

46 Cfr. BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 89. Doctrina consolidada crítica esta interpretación del Alto Tribunal por cuanto "la responsabilidad civil objetiva que, como opción legislativa, se ha previsto [...] para los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios", es rechazada por la jurisprudencia que no la aplica "con todas sus consecuencias -mejor sería decir, correctamente-". Vid. BUSTO LAGO, J. M.: *La responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022, p. 143.

expresamente un resultado determinado. Así lo afirma la STS 13 abril 2016: “sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida”⁴⁷ (y reiteran otras muchas, como las SSTS 17 junio y 3 febrero 2015, 7 mayo 2014, 19 julio y 28 junio 2013, 20 noviembre y 30 junio 2009, 12 marzo 2008, 22 noviembre y 23 mayo 2007)⁴⁸.

Sin embargo, esta interpretación del Alto Tribunal resulta inexacta en nuestra opinión, ya que lo convenido entre el paciente y el prestador de servicios sanitarios no transforma un contrato de servicios en uno de obra, por mucho que se quiera obtener un resultado concreto. Se trata de “un error inconmensurable del Tribunal Supremo, al desechar la variabilidad biológica que impide garantizar un resultado con total certeza, se acuerde lo que se haya acordado entre el facultativo y el paciente, o resulte lo que resulte del relato fáctico del caso”⁴⁹. La razón de ello radica en un aspecto fundamental: la intervención de factores biológicos en este tipo de contratos genera inevitablemente una incertidumbre respecto al resultado final, por lo que no es posible asegurar un resultado concreto en este tipo contractual⁵⁰.

No obstante, aunque la imprevisibilidad de los factores biológicos implica que no se pueda garantizar un resultado específico, existen determinadas actuaciones concretas que, por su naturaleza, resultan ineludibles. Estos elementos, que podríamos denominar resultados mínimos exigibles o resultados de proceso, constituyen indicadores esenciales de la diligencia esperada del prestador del servicio. Dichos resultados no implican la garantía de un resultado final concreto, pero sí exigen que el profesional los obtenga y los documente adecuadamente, no solo como parte de la correcta ejecución del contrato, sino también como medio de prueba de su diligencia. La omisión de tales actuaciones podría entenderse como un incumplimiento de las obligaciones inherentes a la prestación del servicio. Es decir, existen una serie de *outputs* “que deben realizarse de forma inexcusable por el profesional para que pueda juzgarse correcta una determinada actuación o procedimiento diagnóstico o terapéutico”⁵¹ y caracterizan una actividad diligente del prestador del servicio y que son exigibles, por tanto. Ello no quiere decir que

47 STS 13 abril 2016 (RJ 2016, 1639).

48 Respectivamente, SSTS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2572), 3 febrero (RJ 2015, 206), 7 mayo 2014 (RJ 2014, 1769), 19 junio 2013 (RJ 2013, 4090), 28 junio 2013 (RJ 2013, 3519), 20 noviembre 2009 (RJ 2009, 6873), 30 junio 2009 (RJ 2009, 4687), 12 marzo 2008 (RJ 2008, 3822), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 7790); 23 mayo 2007 (RJ 2007, 4302).

49 CORPAS PASTOR, L.: *Mala praxis dental*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2023, (§ 1.2.1. La obligación principal).

50 Para una visión general sobre la evolución de la Jurisprudencia sobre responsabilidad médica, hacia la actual tendencia unificadora, vid. BADENAS BOLDÓ, J.: “Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica: comentario a la STS 828/2021, de 30 de noviembre (un caso de cirugía estética)”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023, pp. 518-535.

51 CORPAS PASTOR, L.: *Mala praxis*, cit., (§ 1.2.3. Los resultados exigibles, párr. 1º).

el contrato garantice un resultado concreto, sino que el contrato exige por parte del sanitario que los obtenga (y los registre, documentándolos a efectos de prueba de su diligencia) para poder considerarse su prestación perfectamente cumplida.

2. El cumplimiento defectuoso en el marco obligacional.

Este apartado aborda cómo el cumplimiento defectuoso, modalidad específica de incumplimiento, afecta la dinámica obligacional y las garantías contractuales en un contrato que surge entre un usuario y un prestador de servicios sanitarios, concretamente en el ámbito del ejercicio privado de la medicina.

La mayoría de los problemas relacionados con las prestaciones sanitarias se deben no a problemas de nulidad total o parcial de los contratos que vinculan a los usuarios, clientes o pacientes, con los profesionales sanitarios que les atienden (o con el centro sanitario correspondiente); ni tampoco suelen deberse estos problemas a una irreductible intención de las partes de no cumplir *ex ante* con las obligaciones que surgen de estos contratos privados. No es lo habitual.

Lo normal es que se trate de contratos perfectamente válidos, en los que concurren todos los elementos esenciales y cuya ejecución es perfectamente válida *ab initio*, pero en el desarrollo de la asistencia sanitaria surge algún defecto, ya sea en los momentos iniciales del mismo o durante el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones comprometidas a las que se ha obligado el prestador de servicios, tengan estas su origen en el propio contrato o bien en la ley, por ser necesarias conforme a la naturaleza de este.

CASTÁN TOBEÑAS distinguía entre las repercusiones derivadas del incumplimiento de las obligaciones según las causas que afectan su núcleo esencial, diferenciando aquellas que “hacen imposible su realización” de otras que, “sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido”. Estas categorías corresponden, respectivamente, al incumplimiento absoluto o propio y al relativo o impropio. En relación con el primero, sostiene que este “puede depender de causas independientes de la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor) o de causas voluntarias”. Entre estas últimas, establece una diferenciación “según lleven consigo plena voluntad y conciencia (dolo) o mera negligencia (culpa)”. Sobre la culpa, señala que esta “consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación”⁵².

La culpa contractual queda delimitada al “incumplimiento por causa que el deudor pudo y debió prever”, cuya esencia, afirma, reside “en la falta de diligencia

52 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª ed., Reus S.A., Madrid, 1988, p. 209.

y previsión que supone en el autor del acto”. En este contexto, recalca que el Código civil define la culpa como “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 1.104 CC)⁵³.

Cierto es que el médico también tiene unas obligaciones secundarias, entre las que parece importante señalar “una obligación implícita de seguridad o protección” con fundamento la buena fe contractual del art. 1258 CC que ya ha sido positivada en algunos códigos civiles⁵⁴ y que comprenden, entre otras, no dañar al enfermo (se trata, como es lógico, de una obligación jurídica secundaria a la principal, que consiste en prestar diligentemente unos servicios utilizando todos los medios adecuados y pertinentes al caso concreto). Es decir, que el médico evite actuar con torpeza cuando desempeñe las actuaciones profesionales sobre el paciente. Sin embargo, como afirman SALVADOR CODERCH y GARCÍA-MICÓ, “torpeza no es sinónimo de mala fe, por lo menos no la primera vez. Que ello es así resulta del artículo 1.107 (l) del Código Civil, el cual distingue entre el incumplidor que ha de responder más o menos según sea de buena fe o de mala fe. El primero es en el Código Civil y su artículo 1.101, un deudor negligente; y el segundo es, de acuerdo con el mismo artículo, un deudor doloso”⁵⁵.

Desde un punto de vista más moderno, los PECL unifican bajo el término *non-performance* (8:101) el incumplimiento contractual “cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que en virtud de la relación obligatoria le incumben”⁵⁶.

53 *Ibid.* p. 218.

54 Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria”, en *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, pp. 114-115. Concretamente, cita el § par. 241.2 BGB, según el cual, “la relación obligatoria no se agota con deberes de prestación, sino que también incumbe a cada parte la obligación de respetar los bienes jurídicos e intereses de la otra parte”. En estos casos, el código alemán reconoce “un derecho a reclamar daños en lugar de la prestación” cuando se infringen tales “deberes accesorios” que implican un cumplimiento defectuoso. Remedio que nos parece un gran avance en el derecho de contratos, porque habilita al acreedor para “reclamar daños en lugar de la prestación, siempre que sea razonable entender que el acreedor ya no va a obtener el cumplimiento”. Habrá un “cumplimiento defectuoso” si la prestación “se ha llevado a cabo en condiciones que el acreedor no tiene por qué soportar” y eso habilita al acreedor a solicitar una indemnización en lugar de la prestación.

55 SALVADOR CODERCH, P., y GARCÍA-MICÓ, T. G.: “Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil”, *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 28-55, [online].

56 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 645. Las obligaciones del profesional sanitario incluyen todas aquellas que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. La doctrina suele coincidir en que la relación de fuentes expuesta en el art. 1258 del Código civil es “meramente enunciativa”, lo que ayuda a entender el alcance limitado del precepto. Este autor explica que el art. 1258 CC se refiere a la ley dispositiva, ya que la ley imperativa se aplica automáticamente, independientemente de cualquier disposición privada. Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario al artículo 1.258 CC”, en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES RODRIGUEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 462. Sobre este particular, LASARTE también incluye al art. 1258 CC en los “medios de integración”, que, en su opinión, habría que haber considerado el orden jerárquico de integración a la inversa: primero, integrar la regulación contractual con lo dispuesto en la ley imperativa y, en su defecto, la dispositiva; luego, tener en cuenta los usos normativos; y finalmente, la buena fe. Vid. LASARTE, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019, p. 131. Mucho antes, DIEZ-PICAZO

En nuestro caso, que el cumplimiento defectuoso de la prestación sanitaria -sea respecto de la diligencia en su obligación de hacer, como respecto a las demás obligaciones secundarias-, al constituir una prestación no conforme con la que el paciente debía recibir, nos sitúa ante un incumplimiento contractual cuyo concepto concuerda con el que ofrece el art. 1171 PMR y que ocasiona la insatisfacción del acreedor.

3. La PMR y los remedios propuestos ante el incumplimiento del contrato.

En la PMR se incluye un art. 1173 que ofrece una serie de remedios para el caso de incumplimiento del contrato, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, tales como la acción de cumplimiento, la *actio quanti minoris*, la suspensión de cumplimiento de la propia obligación, así como la resolución del contrato, que además podrán acumularse siempre que no sean incompatibles entre sí; junto con la acción indemnizatoria, compatible con los demás remedios en cualquier caso.

Dicha propuesta de modernización, en nuestra opinión, resuelve el problema del interés positivo en la reparación como consecuencia del cumplimiento defectuoso de prestaciones sanitarias en sede contractual, en las que siempre se discute si el interés positivo del acreedor de la prestación incluye o no los daños morales derivados del cumplimiento defectuoso de la prestación diligente de hacer del profesional sanitario; porque no olvidemos que un cumplimiento defectuoso no deja de ser una forma de incumplimiento.

Siguiendo a BASOZABAL ARRÚE, dentro de las propuestas unificadoras de la responsabilidad, los remedios por incumplimiento de obligaciones informativas podrían organizarse de dos formas distintas: bien en torno al interés de no haber contratado, o bien en torno al interés en el contrato. El autor sostiene que "quien contrata desconociendo algún dato relevante y recibe además una prestación que no es la que tenía derecho a esperar conforme al contrato, podría estar interesado en acudir a los remedios por incumplimiento" y perseguir su "interés positivo" en el contrato, entre los que recoge la reparación, la *actio quanti minoris*, la resolución directamente "sin necesidad de imputar subjetivamente el incumplimiento" más la eventual indemnización del interés positivo o de cumplimiento (que sí deberá ser imputado subjetivamente) o como adaptación del contrato (reducción del precio); más una eventual indemnización por daños⁵⁷. Entre estos instrumentos

había señalado, con mayor acierto en nuestra opinión, que la buena fe mencionada en el art. 1258 es un estándar jurídico, un modelo de conducta social, y una fuente de creación de deberes especiales de conducta entre las partes contratantes. Vid. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Comentario al artículo", cit., p. 432.

57 BASOZABAL ARRÚE, X.: "Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE; coord. E. ARROYO I AMAYUELAS), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp.

para reaccionar ante un incumplimiento contractual que el ordenamiento pone en manos del acreedor insatisfecho, según GÓMEZ POMAR, puede situarse también la acción de cumplimiento y con ella, “exigir de los Tribunales de justicia la realización de la prestación tal y como fue prevista en el contrato”⁵⁸. Sobre este particular, DIEZ-PICAZO recuerda que “(e)l Código dice que «si el obligado a hacer una cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa» (art. 1098 CC) y añade que “esto mismo se observará si el deudor hubiere llevado a cabo una prestación contraviniendo el tenor de la obligación”, pudiendo además “decretarse que se deshaga lo mal hecho” (art. 1098 in fine)”⁵⁹. A continuación, explica que la consecuencia jurídica de esta norma; es decir, que la obligación “se haga «a costa del deudor», presupone que la actividad objeto de la prestación puede ser llevada a cabo por un tercero, que sustituye al deudor y que realiza la prestación en condiciones idénticas o por lo menos suficientes para satisfacer el interés del acreedor. El tercero sustituye a la persona del deudor y se pone a cargo de éste («a su costa») la retribución del trabajo del sustituto”⁶⁰. Pero hay que tener en cuenta que estos son remedios procesales, que necesitan de la intervención judicial. Como dice LLAMAS POMBO, “(s)e trata de obtener, mediante la compulsión judicial, el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor. Incluso mediante la adopción de las medidas coercitivas que sean necesarias para conseguir tal objetivo”⁶¹. Finalmente, la pretensión de cumplimiento es perfectamente compatible y acumulable con la indemnización de daños y perjuicios, “de manera que la segunda no absorbe la primera”, como afirma LLAMAS POMBO y en la que no cabe solicitar (como es lógico) el interés negativo. Ambos remedios proceden de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, pero “la indemnización rara vez alcanza a «eliminar» el daño, sino que más bien tiende a «reparar» el mismo; y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor

181-207. El autor señala que, por otra parte, el acreedor insatisfecho “también podría estar interesado en librarse del contrato y evitar sus efectos, acudiendo a los remedios por invalidez, si consigue probar que concurre alguno de los supuestos de ésta, y hacerse indemnizar según el «interés de confianza»”.

58 Cfr. GÓMEZ POMAR, F.: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, p. 40 y ss. El autor describe los demás instrumentos de los que dispone el acreedor insatisfecho ante un incumplimiento contractual: en el que se busca el resarcimiento de lo que denomina *restitution damages*, es decir, la restitución de la ganancia injusta del deudor incumplidor, por un lado. La indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (resolución del 1124 CC, o *reliance damages*, sólo aplicable a la responsabilidad precontractual), en el que distingue en la restitución al acreedor de la prestación incumplida como indemnización que lo reponga en la misma situación que si no se hubiera celebrado el contrato, tanto los gastos e inversiones específicas en los que hubiera incurrido el acreedor insatisfecho, como como las inversiones por éste realizadas “confiando en el cumplimiento del contrato y al menos en teoría, el coste de oportunidad” de haber contratado con el deudor; es decir, el “beneficio de las oportunidades” que perdió el acreedor insatisfecho que contrató con el incumplidor; y en tercer lugar, lo que denomina la *specific performance*; es decir, el cumplimiento de la obligación tal y como se configuró inicialmente.

59 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho* (Vol. II), cit., p. 678.

60 Ídem.

61 LLAMAS POMBO, E.: “La pretensión de cumplimiento y sus límites”, en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022, p. 599.

en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de «evitar el daño» como de «conseguir la prestación»⁶².

Esto, evidentemente, visto desde una perspectiva general, será aplicable siempre que no se trate de una obligación personalísima la incumplida. En nuestra opinión, lo que ocurre es que la prestación debida -que es personalísima generalmente en el contrato de tratamiento sanitario-, cuando se incumple, la única forma de hallar la medida de la indemnización será lo que le cueste al acreedor la satisfacción de su interés, realizada ahora por un tercero -lo que constituye una nueva, diferente y cuantificable obligación-; junto con la indemnización de cualquier daño imputable al deudor principal y que hubiera sido previsto o previsible, en el momento del otorgamiento del consentimiento informado que origina el contrato principal porque así y solo así se verá restituido el interés del acreedor como si se hubiera cumplido el contrato.

Como señala ROCA TRÍAS, cuando se incumplen las obligaciones que emanan de un contrato, se genera una responsabilidad que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, y en este caso, “la parte incumplidora asume dos obligaciones: la de ejecutar la obligación a la que se sometió y la de indemnizar los daños y perjuicios a la otra parte, como consecuencia del incumplimiento, si es que los hubo”⁶³. Sobre el criterio de la imputación de la responsabilidad, como hemos visto, “se produce una distinta consideración de la culpa y el dolo”, de tal forma que en la responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1104 CC), se establece “un distinto alcance del incumplimiento de la obligación según haya procedido del dolo o la culpa del deudor incumplidor”: así, mientras que la responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones (art. 1103 CC) y éste responderá de todos los daños que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación; en cambio, en la responsabilidad contractual por negligencia (art. 1102 CC), “los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”; a diferencia de la responsabilidad extracontractual, en la que no se establecen efectos distintos “según el daño se haya ocasionado por culpa o por negligencia”⁶⁴.

DÍEZ-PICAZO⁶⁵ planteaba una serie de condiciones para que un daño sea indemnizable. A saber, que “esté causalmente enlazado con la acción u omisión de

62 *Ibid.*, pp. 618-620.

63 ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños*, cit., pp. 45 y ss. Partiendo del art. 1089 CC, donde se reconoce al contrato como fuente de obligaciones, exponen que “uno de los significados” de responsabilidad se refiere “a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un contrato que ligaba a las partes”.

64 *Ibid.* pp. 47-48.

65 DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, cit., pp. 314-316.

la persona a quien se quiere hacer responsable" (causalidad real), en primer lugar; la causalidad alternativa hipotética, en segundo lugar y, finalmente, la compensación de los beneficios con el daño (a la que se refiere, y antes hemos citado; es decir, la *compensatio lucri cum damno*). Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS indicaba que esta regla "está explícita" en nuestro Código civil⁶⁶. Por lo tanto, el perjudicado debe obtener exactamente el valor absoluto que le corresponde en el caso concreto, pues otra cosa, sería lo que denomina GALÁN CORTÉS un "empobrecimiento o un enriquecimiento injusto"⁶⁷, como lo entendemos comúnmente.

AGÓN LÓPEZ, como antes RODRÍGUEZ GUITIÁN⁶⁸, está de acuerdo en que uno de los daños indemnizables derivados del incumplimiento contractual sea el daño no patrimonial, y dentro del mismo, concretamente, el daño estrictamente moral. Esta postura se sostiene, tanto cuando se materializan daños no informados en los que "puede exigirse responsabilidad médica", como en aquellos casos en los que "la responsabilidad derive de la lesión del derecho a la autonomía del paciente, como consecuencia de la infracción del deber de información o del consentimiento informado", es decir, del daño autónomo por defecto en este procedimiento⁶⁹. Son varias las finalidades que se pueden atribuir a la indemnización del daño moral: cuando sirve al principio de reparación integral, la finalidad reparatoria, no lo es "en sentido estricto -la indemnización no puede reparar el daño moral, recuperar el equilibrio perdido, como sí lo hace en cambio, con el daño patrimonial- pero sí en su sentido más amplio: [...] todos los daños que sufre el perjudicado merecen una respuesta indemnizatoria proporcionada, incluso los no patrimoniales. [...], en segundo lugar, [...] una función de «prevención general»"⁷⁰; e indirectamente puede tener un efecto punitivo que se parece mucho a los daños punitivos, -institución (o escarmiento) en la que el Derecho español no debería entrar, por ser ajena a nuestro Sistema⁷¹- "porque, en muchas ocasiones, el daño a indemnizar es tanto más intenso cuanto más reprochable es la conducta del responsable", como dice CAVANILLAS MÚGICA, que señala otro de sus efectos: la satisfacción de la víctima, de la que afirma que "ha ido ganando protagonismo en nuestros días" y, finalmente, una función señalizadora que "sirve a la construcción de una sociedad más justa" por perseguir "el respeto que nos es debido y la tolerancia a la que estamos obligados" por la pérdida de calidad de vida. Pero advierte que no solo es difícil su prueba directa (que "deberá basarse en presunciones"), sino que su

66 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, cit., p. 253.

67 GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, 7ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2020, p. 1020.

68 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: "La indemnización" (2007), pp. 239-263.

69 AGÓN LÓPEZ, J.G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 303 y ss.

70 CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos", en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 32, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1394-1397.

71 Cfr., YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 57.

cuantificación también es difícil por no haber sido “adquirido por un precio y ten(er) un valor de mercado” y que para que cumpla estas funciones “debe ser proporcionada, no arbitraria”, lo que en su opinión, hace deseable los baremos y sobre ellos explica que “cuando faltan esos baremos y los tribunales tienen que cuantificar un daño moral, el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión ha de estar debidamente motivada.”⁷².

De ahí se colige, como afirma GALÁN CORTÉS “que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o lucro cesante -art. 1106 CC-, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también los perjuicios de otra índole, como por ejemplo, las secuelas, el daño moral [...], *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados”⁷³.

El recurso al art. 1106 CC nos lleva directamente al alcance de la indemnización (lucro cesante y daño emergente). En cuanto al lucro cesante en la responsabilidad contractual, MORALES MORENO contempla la operación de reemplazo como un derecho del acreedor en caso de incumplimiento del contrato, limitado únicamente al caso de resolución⁷⁴ (y nosotros pensamos que pudiera extenderse esta operación de reemplazo también a situaciones en las que el acreedor interesa un cumplimiento, pero este es imposible de conseguir *in natura*. Es decir, ante el incumplimiento del profesional sanitario, el paciente puede dirigirse a

72 CAVANILLAS MÚGICA, S.: “Cuantificación del”, cit., pp. 1394-1397.

73 Cfr., DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del* (Vol. II), cit., p. 84; con cita de las SSTs de 28 de febrero de 1959 y 7 de febrero de 1962; vid. GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil*, cit. p. 1020. Hay que recordar que el actual concepto de daño moral ha sido estructurado por la Jurisprudencia y, actualmente, tiene un sentido más amplio, en contraposición al daño patrimonial: vid. Nota núm. 9.

74 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 38 y ss. Se refiere expresamente a la “compraventa internacional”, regulada por la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (CISG). Aunque admite su “generalización a otros contratos de intercambio (así: arts. 7.4.5 Principios Unidroit-P; 9:506 PECL, III 3:706 DCFR)”. Previamente, se ocupa de los diferentes tipos de lucro que puede obtener el acreedor de la correcta ejecución de un contrato. Para ello, en primer lugar, diferencia tres grandes tipos de intereses en un contrato: 1º) El interés en el intercambio (o la ventaja y desventaja económica del intercambio, medida como “la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado”), 2º) El interés de la obtención de la prestación para poder extraer de ella cierta utilidad, 3º) El interés en el mantenimiento de la integridad de los demás bienes del acreedor. Analiza el lucro cesante en la responsabilidad contractual en cada uno de los casos. La operación de reemplazo la sitúa como una de las formas de indemnización en casos de resolución por incumplimiento. En caso de cumplimiento defectuoso, el acreedor insatisfecho puede exigir la *actio quanti minoris*, o bien, la indemnización de daños (cita el art. 9:401 (3) PECL) en caso de prestación no conforme. “El acreedor recibe en este caso la diferencia entre el precio que pagó por la cosa (conforme al contrato) y el que tiene en el mercado la cosa recibida”. Esta opinión es contrastada con estudios sobre la operación de reemplazo considerada como una “manifestación particular de la pretensión de cumplimiento en el Derecho español”. Cfr. VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023, p. 266, quien, siguiendo a ALCALDE SILVA, señala que podría ser considerada como “una forma particular de ejecución del contrato incumplido”, con la que estamos perfectamente de acuerdo, siempre y cuando la naturaleza del contrato así lo permita.

otro profesional para que pueda satisfacerse su interés como acreedor de una prestación de hacer y este reemplazo prestacional puede entenderse como una carga que tiene el paciente, que, en caso contrario, no podría ni probar, ni calcular el lucro cesante; constituyendo así una forma de mitigar el efecto dañoso del incumplimiento). Se trata de una "medida de autotutela"⁷⁵ del crédito de la que dispone el acreedor (el paciente, en este caso, como acreedor de una prestación convencionalmente pactada que se ha incumplido), precisamente, ante un incumplimiento del contrato.

Ello, en nuestra opinión, no es incompatible con la protección del interés positivo del contrato. Antes al contrario: el paciente tiene derecho a ser repuesto en la situación como si se hubiera cumplido el contrato, lo que indefectiblemente nos lleva a considerar que no puede haber diferencia en términos de integridad de las condiciones de partida (es decir, la situación en la que se encontraba cuando contrató) con las que se encuentra el paciente insatisfecho cuando reclama por un incumplimiento: esta situación (la inicial) al menos debe conservarse tras la ejecución del contrato, por lo que deberían ser objeto de consideración en la reparación por incumplimiento obligacional los menoscabos en su salud o integridad ocasionados como consecuencia de la ejecución del contrato defectuosamente cumplido a la hora de valorar su interés en la ejecución del mismo, que incluye, por tanto, no solo el valor de haber recibido una prestación diligentísima del profesional sanitario (que es prácticamente la obligación de hacer pactada y comprometida por este), sino también no haber quedado en una peor situación en términos funcionales de salud (fisiológicos) tras la ejecución deficiente del contrato (que, como hemos afirmado, es la situación de partida, la existente en el momento en que se pacta dicho contenido). La operación de reemplazo en estos casos podría parecerse al "cumplimiento por sustitución en el Derecho Civil", pero de una forma *desjudicializada*, como afirma VARGAS BRAND⁷⁶.

Mientras los remedios frente al incumplimiento presentes en los PECL se encuentran articulados dos capítulos: el Capítulo 8 (arts. 8: 101 a 8: 109), titulado *Incumplimientos y recursos en general* y el Capítulo 9 *Recursos específicos en caso de incumplimiento*, en el que se regula "detalladamente y con una fuerte inspiración en la CISG, cada uno de los remedios de que dispone la parte que sufre el incumplimiento"⁷⁷, en la PMR se incluye un art. 1173 que ofrece esta serie de

75 MORALES MORENO, A. M.: *Incumplimiento del contrato*, cit., p. 138.

76 VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento*, cit., p. 272.

77 Efectivamente, los Capítulos 8 y 9 de los PECL se dedican al incumplimiento y a los medios de tutela (*remedies*) de los que dispone "la parte que sufre el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato", como afirma PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., pp. 31-32, los *remedies* se estructuran en cinco secciones: 1.ª *Derecho a exigir el cumplimiento* (arts. 9:101 al 9:103 [arts. 3:301 al 3:303 del libro III del DCFR]); la sección 2.ª *Excepción de incumplimiento contractual*, del art. 9:201 [art. 3:401 (1) (2) y (4) del libro III del DCFR], en la que se prevé la suspensión de la prestación de la parte cumplidora ante un incumplimiento; la sección 3.ª *Resolución del contrato*, de los arts. 9:301 al 9:309 [arts. 3:502 (1), 3:506 (2), 3:507 (1), 3:508, 3:104 (4), 3:504, 3:509 (1) y (2), 3:511 (2), 3:512 (2), 3:510, 3:512 del libro III del DCFR]; la

remedios para el caso de incumplimiento del contrato, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, tales como la acción de cumplimiento, la *actio quanti minoris*, la suspensión de cumplimiento de la propia obligación, así como la resolución del contrato, que además podrán acumularse siempre que no sean incompatibles entre sí; junto con la acción indemnizatoria, compatible con los demás remedios en cualquier caso; en consonancia con los PECL.

Hay que mencionar que en los antecedentes de la PMR se afronta la reforma del régimen de incumplimiento contractual con el objetivo de “adecuar dicho régimen a las necesidades del tráfico actual teniendo muy en cuenta las tendencias plasmadas en este sector jurídico en diversos textos internacionales que, con un alcance muy diverso, han sido publicados en los últimos años (la CSIG, los Principios UNIDROIT, los PECL y las Directivas europeas, fundamentalmente)”, partiendo no solo del incumplimiento entendido en sentido amplio (“concepto unitario, amplio y neutro”), sino de una estructura de remedios perfectamente hilada que era reclamada insistentemente por la doctrina española nada sospechosa, representada por DÍEZ-PICAZO, MORALES MORENO o PANTALEÓN, y seguida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo⁷⁸.

Por lo tanto, en nuestra opinión, si el interés positivo va a ser la medida del resarcimiento por incumplimiento, este deberá incluir, también los daños morales sufridos como consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria; como veremos a continuación.

4. La protección del interés positivo del acreedor de la prestación sanitaria que se ha cumplido de forma defectuosa.

A) El interés contractual y la responsabilidad.

DÍEZ-PICAZO sostiene que este interés “no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios”⁷⁹. Cuando se frustra este interés, por una inadecuada prestación, surge la responsabilidad. En estos casos, indemnizar no consiste en otra cosa que situar al dañado en la misma posición que estaba antes de sufrir el daño como consecuencia de la ejecución del

sección 4.ª Reducción del precio, del art. 9:401 [art. 3:601 del libro III del DCFR]; y la 5.ª sección, *Daños y perjuicios*, de los arts. 9:501 a 9:510 [arts. 3:701 al 3:708, 3:712 y 3:713 del libro III del DCFR], en la que se prevé las normas sobre la indemnización por incumplimiento.

78 GÓMEZ CALLE, E.: “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012, pp. 29-36.

79 DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho* (Vol. II), cit., p. 280.

contrato, o como dice SANTOS MORÓN, “en la misma situación en que estaría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito”⁸⁰, quien conecta con el art. 1106 CC (lucro cesante y daño emergente), incluyendo dentro del daño emergente no solo “el valor de la prestación no realizada”, sino la posibilidad de la existencia de “daños añadidos”, tales como los gastos que ahora son inútiles a causa del incumplimiento y que fueron hechos por el acreedor “con vistas a la consumación” del negocio, el “mayor costo” pagado a otro proveedor por la operación de reemplazo, el deterioro o la destrucción de la cosa objeto del contrato “o de otros bienes del acreedor”, los gastos que el acreedor haya tenido que realizar “para mitigar el daño [...] y los derivados de la reclamación” o, finalmente, en una enumeración necesariamente no cerrada; aquellos daños “que haya sufrido el acreedor en sus relaciones con terceros” a causa del comportamiento de la parte incumplidora⁸¹.

En el estudio del interés contractual, es clásica la referencia a un art. publicado en 1936, en el que FULLER y PERDUE incidían en el estudio de los fundamentos iusnaturalistas que encierran los intereses contractuales⁸², el cual pasó prácticamente desapercibido en España y no ha sido objeto de estudios profundos hasta hace relativamente poco tiempo. Una explicación ofrecida por ESCUDERO ALDAY sostiene que esta teoría ha sido directamente ignorada u olvidada en nuestro país por razones histórico-ideológicas antifranquistas, al identificar el “rechazo al iusnaturalismo, debido fundamentalmente a su vinculación con la filosofía política que sustentó este régimen dictatorial”⁸³. El estudio de la obra de FULLER y PERDUE también fue objeto de crítica interna en la propia doctrina norteamericana, con HART a la cabeza⁸⁴, y quizás haya sido causa también de la poca importancia que se ha dado en tiempos pretéritos al estudio de los intereses contractuales. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que sus trabajos se hayan estudiado en otros

80 Cfr., SANTOS MORÓN, M. J.: “El Incumplimiento de las obligaciones” en *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial* (coord. M. J. SANTOS MORÓN), Tecnos, Madrid, 2022, p. 170. En contra, PANTALEÓN PRIETO, F.: “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991, p. 1020-1021. La función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria, negando la función de “reintegración por equivalente, del derecho de crédito lesionado”, en casos de imposibilidad sobrevenida.

81 SANTOS MORÓN, M. J.: “El incumplimiento”, cit., p. 171.

82 FULLER, L. L., y PERDUE, W. R.: “The Reliance Interest in Contract Damages: 1”, *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936, pp. 52-96. Según estos autores, el propósito del interés de restitución es devolver a la parte incumplidora a la posición que ocupaba antes del contrato, obligándola a devolver cualquier ganancia obtenida de la parte cumplidora. Por el contrario, el interés de confianza busca restablecer a la parte cumplidora a la posición que habría ocupado si no hubiera existido el contrato, compensándola por cualquier pérdida que hubiera sufrido. Finalmente, el interés positivo o de expectativa (*expectation interest*) también mira hacia la posición de la parte cumplidora, pero tiene como objetivo devolverlo a la posición que habría ocupado si el contrato se hubiera cumplido completamente. El interés de expectativa coincide con lo que tradicionalmente se ha venido denominando interés positivo del acreedor insatisfecho, que devuelve a la parte cumplidora no solo todo a lo que renunció en la confianza de que el contrato se cumpliría, sino también cualquier beneficio neto que esta hubiera obtenido si el contrato se hubiese sido cumplido por la otra parte.

83 ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002, p. 317.

84 CRASWELL, R.: “Against Fuller and Perdue”, *The University of Chicago Law Review*, 2000, 99-161.

países más profundamente que en España⁸⁵. Además, algunos autores vinculan el pensamiento de Fuller con una marcada influencia en la obra de DWORKIN y “dada la buena acogida que ha tenido la teoría del Derecho de DWORKIN por parte de un importante sector de nuestra doctrina”, quizás se explique por qué debería recibir ahora una “mayor atención” la obra de FULLER⁸⁶.

Actualmente, la mayoría de la doctrina científica está de acuerdo en que en sede contractual se debe indemnizar el incumplimiento con el interés positivo. LLAMAS POMBO define este interés positivo o de cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*), como la “valoración económica de la utilidad que ofrece la prestación para el acreedor, el interés a todo lo que tendría si el negocio fuese plenamente válido y cumplido”⁸⁷.

GÓMEZ POMAR sostiene que la mayoría de la doctrina, que en el derecho español “el interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual”⁸⁸. PÉREZ VELÁZQUEZ afirma que esta es la regla general en el moderno derecho de los contratos, pues “la parte que sufre los daños derivados del incumplimiento tiene derecho a ser situada en una posición lo más parecida posible a la que tendría en caso de que el contrato se hubiese ejecutado en los términos pactados”⁸⁹. Así, el interés del acreedor se satisface, porque si no, ¿para qué se obligó?

B) *El interés positivo del contrato en la PMR como medida del resarcimiento.*

En la doctrina, clásicamente se ha venido distinguiendo “dos intereses lesionables contractualmente”: por un lado, el interés positivo (*expectation interest*), y por otro, el negativo (*reliance interest*, o interés de confianza), que responde al “resarcimiento del perjuicio que ha sufrido al confiar en la promesa del demandado,

85 Tal es el caso de Italia, Alemania o Polonia, en los que sí ha tenido expansión este pensamiento con obras de cierta repercusión en el Derecho español, como DAL BROLLO, A.: *La moralità del Diritto. Assiologia e Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Buszoni ed., Roma, 1986; LEWAN, K.: “Die Retschphilosophie Lon Fullers” *Arch. Für Rechts und Sozialphilosophie*, 52, núm. 3, 1966, pp. 371-411; TOKARCZYK, R.: *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980; que cita ESCUDERO ALDAY en nota a pie de página. Cfr. ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para”, cit., p. 312.

86 ESCUDERO ALDAY, R.: “Argumentos para”, cit., p. 328.

87 LLAMAS POMBO, E.: “Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 45, 2013, p. 19.

88 GÓMEZ POMAR, F.: “El incumplimiento”, cit., p. 20.

89 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: “El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, p. 694. Denuncia, no sin razón, la ausencia de una referencia expresa de esta tendencia en nuestro Código civil, al tiempo que explica que la reparación integral del daño tiene “tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del *quantum respondatur*: el test de previsibilidad del daño; la carga que recae sobre el perjudicado de mitigarlo; y, por último, la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en la producción o extensión, en todo o en parte, es decir, su contribución al daño.

lo que se logra tratando de colocarle en una situación tan favorable como la que tenía antes de que le fuera hecha la promesa”⁹⁰.

El acreedor de la prestación sanitaria se obliga con el médico porque quiere que este actúe conforme a la naturaleza del contrato de asistencia sanitaria. Es decir, espera una prestación muy diligente por parte del profesional que provea todos los medios necesarios y a su alcance para mejorar su salud. Evidentemente, el interés del paciente es que se cumpla el contrato (interés positivo), y, por descontado que su interés excluye menoscabos funcionales a consecuencia de una incorrecta ejecución de las prestaciones contratadas, que, si estos ocurren como consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato, deben ser resarcidos, pues integran su interés. “La idea es calcular la indemnización de manera que lo pagado deje al acreedor en la misma situación en que se encontraría en caso de que el deudor hubiera cumplido exactamente su obligación”⁹¹.

En la referencia europea, el sistema de responsabilidad contractual de los PECL configura una función resarcitoria de la indemnización que “no es más que el derecho a obtener una compensación pecuniaria como consecuencia de los daños patrimoniales o morales, ya sean presentes o futuros, directos o indirectos, padecidos por una parte del contrato por el incumplimiento inexcusable de la otra o de sus auxiliares”⁹². DEL OLMO sugiere que así se tiene “en cuenta el alcance protector que las partes (y la ley, usos y buena fe; cfr. art. 1258 CC) han dado al contrato”. Con cita del art. 9.502 PECL: “El cálculo general de los daños es aquella suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido”⁹³. Por eso, no es de extrañar que esto mismo se refleje en la PMR.

Hemos afirmado que es constante actualmente que sea el interés positivo el que ha de resarcirse en los casos de incumplimiento contractual. Lo que ocurre es que este interés positivo es variable, dependiendo de la naturaleza del contrato.

90 LLAMAS POMBO, E.: “Tipología de los intereses”, cit., pp. 19-20. Cfr. FULLER, L. L., y PERDUE, W. R.: “The Reliance”, cit., pp. 52-96. Más allá de la mera autonomía de la voluntad, la confianza en que se van a cumplir las obligaciones parecería tener cierta función rectora del desempeño de las partes, y en lo que a obligarse mutuamente se refiere, de tal forma que si lo conectamos con el incumplimiento, el acreedor que ve incumplida la pretensión en la que confió cuando se obligó, sufre un sentimiento de pérdida y esta parece ser una buena explicación psicológica, en opinión de FULLER y PERDUE de la obsesión del *Common law* por proteger el interés de confianza en el incumplimiento contractual, donde “el acreedor de la prestación ha formado una actitud de expectación tal que el incumplimiento de la promesa le hace sentir que ha sido ‘privado’ de algo que era ‘suyo’”. Para estos autores, sin embargo, es el *expectation interest* (interés de expectativa o interés positivo) el que devuelve al acreedor insatisfecho no solo todo a lo que renunció en la confianza de que el contrato se iba a cumplir, sino también cualquier beneficio neto que hubiera obtenido de cumplirse el contrato. *Vid.*, ampliamente, PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., pp. 116-118.

91 DEL OLMO, P.: “Remedios por el incumplimiento: el Código civil, entre ayer y mañana”, en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022, p. 889.

92 PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: *La indemnización*, cit., p. 118. Cfr. VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento*, cit., pp. 244-247.

93 DEL OLMO, P.: 2022, “Remedios por el incumplimiento”, cit. p. 889.

En nuestra opinión, y en la de otros que han estudiado el daño corporal, cuando deviene de un incumplimiento en un contrato que tiene por objeto intervenir sobre la propia integridad del paciente, se debe indemnizar *ad integrum*. Es decir, no sólo ha de resarcírsele con el valor de la prestación debida, por él querida y de la que se le ha privado por causa del profesional sanitario, sino que se le ha de indemnizar por los daños morales que haya sufrido (“menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad”⁹⁴) durante la ejecución del contrato. Por lo tanto, en los casos de incumplimiento contractual, el interés positivo “como si se hubiera cumplido el contrato” implica (al menos) dejar al paciente en la misma posición en la que estaba antes de que se le prestara la atención sanitaria deficiente y eso implica, por tanto, un resarcimiento de los daños ocasionados como consecuencia del propio procedimiento médico defectuosamente ejecutado, incluyendo esta partida en el cálculo derivado de la aplicación del art. 1106 CC y aquellos otros producidos como consecuencia del incumplimiento como por ejemplo, los daños relacionales⁹⁵, además de los daños patrimoniales irrogados al acreedor de la prestación médica insatisfecha.

Cierto que el contrato fruto de la autonomía de la libertad constituye ley entre las partes contratantes, las cuales se obligan relativamente no solo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, conforme a la naturaleza de dicho contrato, sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe. Pero en la ejecución de este especialísimo contrato, el deudor de la prestación sanitaria se obliga en los términos derivados directamente del consentimiento informado, verdadero deber legal de información precontractual porque incluye la necesaria previa información del procedimiento diagnóstico o terapéutico del que se trate, sus riesgos, así como las alternativas posibles a este y las consecuencias de no realizarlo, todo ello en el caso concreto. Y se obliga en todo caso a una muy diligente prestación de hacer que excluye comportamientos negligentes, y, por lo tanto, culpables, al menos. Se trata de un nivel de diligencia superior al de un buen padre de familia, por utilizar el estándar de diligencia exigido por nuestro ordenamiento, quedando sujetos a la indemnización de aquellos perjuicios causados en el cumplimiento de sus obligaciones cuando incurrieren en negligencia o morosidad (y, efectivamente, en caso de dolo) y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. Tanto es así, como de forma castiza sentencia YZQUIERDO TOLSADA, afirmando que, si no hay diligencia, existirá incumplimiento⁹⁶.

94 Vid. Nota núm. 9. Cfr. STS 21 noviembre 2023 (ROJ 2023, 5194).

95 Sobre el daño relacional, vid. MARTÍN AZCANO, E. M.: *El daño existencial o dinámico relacional: una propuesta desde el derecho italiano para la tutela integral de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 229-243.

96 Cfr., YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989, pp. 273 y ss.

El tenor de la obligación diligente e integrada del deudor de la prestación incluye indefectiblemente dicho estándar superior:

Interviniendo imprudencia, impericia o negligencia, y frustrado el cumplimiento, el deudor de la prestación sanitaria que se ha ejecutado de forma defectuosa estará obligado a indemnizar tanto el perjuicio producido, como los daños consecuencia de su actuación negligente. La medida del perjuicio está, precisamente, en la estimación del interés positivo del contrato⁹⁷.

En la Propuesta reformada, los remedios frente al incumplimiento aparecen, al menos en teoría, más dinámicos. Así, el nuevo art. 1173 PMR, viene a consagrar algo que estábamos reclamando: el interés positivo del acreedor en una prestación sanitaria se tiene que cuantificar considerando, dentro del 1106 CC, no solo el equivalente económico de la prestación cuando no es posible el cumplimiento *in natura* de lo pactado, sino también los daños morales ocasionados con ocasión del contrato, es decir, incluyendo los daños corporales (menoscabos funcionales) y morales estrictos o relacionales, derivados de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria globalmente considerada, es decir, el “daño patrimonial y no patrimonial” conceptualizados en la PMR⁹⁸.

IV. CONCLUSIONES.

El art. 1173 PMR ofrece una serie de remedios para el caso de incumplimiento del contrato -más concretamente, como dice el art. 1171 propuesto, “cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a ésta”-, en los que se da opción al contratante insatisfecho para ejercitar diversas acciones, entre otras, la acción de cumplimiento, que podrá acumularse a la indemnizatoria, compatible con los demás remedios, en cualquier caso.

97 ALPA, G.: “Apuntes sobre el daño contractual”, *Revista ius et veritas*, núm. 48, 2014, pp. 16-48. El autor analiza ciertas similitudes entre diversos ordenamientos jurídicos tanto del *Civil law* como del *Common law*, concretamente el ordenamiento francés, italiano, alemán e inglés. Llega a la conclusión de que existe un principio general común a todos ellos como es el de la “plena satisfacción del daño por el incumplimiento”, bien de un “contrato” –como expresamente recogen los *Principles of international commercial contracts* (PICC) y también los *Principles of european contract law* (PECL)– o bien, de una “obligación” como señala el DRAFT. Este principio general consiste en que “el acreedor debe ser colocado en la misma situación en la cual se habría encontrado si la prestación hubiese sido ejecutada” (correctamente, añadiríamos nosotros). Por lo tanto, esta tendencia no es reciente ni limitada al derecho civil español, sino que se observa desde hace años una clara tendencia europea en este sentido.

98 ALPA, G.: “Apuntes sobre”, cit., p. 33. A diferencia de lo que prevén distintos sistemas nacionales, en el Marco Común de Referencia (DRAFT) sí se prevé “el resarcimiento del daño moral (*nonpecuniary loss*)” que lo describe como “*pain and suffering and impairment of the quality of life* (III.3.701. (3))”. La PMCC sigue, por tanto, la senda marcada por el DRAFT al contemplar positivamente el resarcimiento del daño moral y relacional, conforme a la naturaleza de este contrato de servicios médicos. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas cuestiones”, cit., p. 20. Se trata de conceptos actualmente “consolidados ya en la práctica vigente, pero no delimitados por el legislador con la suficiente claridad y generalidad”.

Actualmente, en sede de incumplimiento contractual, para que haya lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, el art. 1101 CC exige que exista un incumplimiento culpable de la obligación, que el cumplimiento no pueda obtenerse de forma específica, que exista un daño resarcible y una relación causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación y los daños sobrevenidos. El límite de la responsabilidad contractual se alcanza según lo previsto en el 1107 CC, lo que dificulta el resarcimiento *ad integrum* (propio de la responsabilidad extracontractual). El cumplimiento defectuoso de un programa prestacional sanitario, en el que se irrogan al paciente menoscabos funcionales que afectan a su integridad corporal, e incluso relacional, como consecuencia de aquél, el interés positivo del contrato supera con creces esta limitación; como ha ido integrando la jurisprudencia paulatinamente en España en aras a flexibilizar el instituto de la reparación integral del interés del paciente insatisfecho, que además de un incumplimiento, recibe un menoscabo funcional con consecuencias en su esfera social.

La PMR de 2023, en nuestra opinión, resuelve el problema del interés positivo en la reparación como consecuencia del cumplimiento defectuoso de prestaciones sanitarias en sede contractual, en las que se discute si el dicho interés incluye o no los daños no patrimoniales. Esta modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos sitúa el interés positivo del acreedor de una determinada prestación sanitaria dentro del 1106 CC, introduciendo sin ambages los daños no patrimoniales ocasionados con ocasión del contrato, es decir, incluyendo los daños morales producidos en la persona del acreedor como consecuencia de la ejecución defectuosa de la prestación sanitaria. Pues como remedio ante dicho incumplimiento (*non-performance*), el acreedor insatisfecho puede exigir el cumplimiento con la posibilidad de reparación ex art. 1174 PMR, junto con la indemnización de los daños que tal incumplimiento hubiera producido y, expresamente, el daño no patrimonial porque así lo justifica la naturaleza del contrato de servicios médicos ex art. 1188:3 PMR y, por tanto, esta propuesta podría brindar una mayor claridad en la aplicación de las regulaciones en materia de responsabilidad médico-sanitaria.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO, BOE, Madrid, 2022.

ALPA, G.: "Apuntes sobre el daño contractual", *Revista ius et veritas*, núm. 48, 2014.

AGÓN LÓPEZ, J. G.: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

ARCOS VIEIRA, M. L.: "Sobre el carácter 'contractual' o 'extracontractual' de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales", en *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coord. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa", en *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coords. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 10, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

BADENAS BOLDÓ, J.: "Evolución jurisprudencial sobre responsabilidad médica: comentario a la STS 828/2021, de 30 de noviembre (un caso de cirugía estética)", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 18, 2023.

BASOZABAL ARRÚE, X.: "Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL", en *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE; coord. E. ARROYO I AMAYUELAS), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

BELLO JANEIRO, D.: *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009.

BUSTO LAGO, J. M.: *la responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, Vigo, 2022.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "Los deberes de protección en el desarrollo de la relación obligatoria", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.

CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, BOE, Madrid, 2018.

CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª ed., Reus S.A., Madrid, 1988.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos", en AA. VV.: *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón* (coord. J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Tomo I, Capítulo 32, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021.

CORPAS PASTOR, L.: *Mala Praxis Dental*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2023.

CRASWELL, R.: "Against Fuller and Perdue", *The University of Chicago Law Review*, 2000.

CRESPO MORA, M. C.: "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret*, núm. 2, 2013.

DAL BROLLO, A.: *La moralità del Diritto. Assiologia e Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Buszoni ed., Roma, 1986.

DEL OLMO, P.: "Remedios por el incumplimiento: el código civil, entre ayer y mañana", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos*, (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:

- *Comentario al artículo 1.258 CC*, en *Comentario del Código Civil* (dirs. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, R. BERCOVITZ, y P. SALVADOR CODERCH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (Reimp.), 2000.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. II.*, Tecnos, Madrid, 2003.

ESCUADERO ALDAY, R.: "Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller", *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002.

FENOY PICÓN, N.: "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento", *ADC*, vol. 63.

FULLER, L. L., Y PERDUE, W. R.: "The Reliance Interest in Contract Damages: I", *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad Civil Médica*, 7ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, Pamplona, 2020.

GARCÍA GARNICA, M. C.: "La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial", en *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*, (dirs. A. ORTÍ VALLEJO y M. GARCÍA GARNICA; coord. R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA), Capítulo 6, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *RDC*, vol. 11, núm. 2, 2024.

GÓMEZ CALLE, E.: "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia", *ADC*, tomo LXV, fasc. I, 2012.

GÓMEZ POMAR, F.: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.

GÓMEZ POMAR, F.: "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* núm. 3, 2007.

JIMÉNEZ HORWITZ, M.: "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)", *ADC*, 2012; LXV (fasc. II).

KOTEICH KHATIB, M.: "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del "daño corporal") en el ordenamiento francés", *Revista de Derecho Privado*, núm. 18, 2010.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A.: "El contrato de atención médica. Naturaleza Jurídica", *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2002.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2012.

LASARTE, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, S.L., Madrid, 2019.

LEWAN, K.: "Die Retchsphilosophie Lon Fullers" *Arch. Für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 52, núm. 3, 1966.

LUNA YERGA, A.: *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

LUNA YERGA, A., PIÑEIRO SALGUERO, J., RAMOS GONZÁLEZ, S., y RUBÍ Y PUIG, A.: "Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español", *InDret*, núm. 3, 2007.

LLAMAS POMBO, E.:

- "La pretensión de cumplimiento y sus límites", en AA.VV. *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO), BOE, Madrid, 2022.
- *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.
- "Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 45, 2013.

MARTÍN AZCANO, E. M.: *El daño existencial o dinámico relacional: una propuesta desde el derecho italiano para la tutela integral de la persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

MONTERROSO CASADO, E.: "La reparación *ad integrum* por daño moral en la responsabilidad civil derivada de accidentes", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 9, 2024.

MORALES MORENO, A. M.:

- *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

- "Presentación", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de derecho civil*, vol. 44, núm. 3, 1991.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.:

- "El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno Derecho de los contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022.
- *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, BOE, Madrid, 2016.

RENGIFO GARCÍA, E.: "Isué VARGAS BRAND, Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano), BOE, Madrid, 2023. Reseña bibliográfica", *RDC*, vol. 11, núm. 1, 2024.

ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.:

- "La indemnización del daño moral contractual", en AA.VV.: *Estudios de derecho de contratos* (dir. A. M. MORALES MORENO). BOE, Madrid, 2022.
- "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual", *Revista Jurídica Univ Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T. G.: "Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil", *InDret*, núm. 1, 2020.

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

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: "La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano", *InDret*, núm. 1, 2022.

SANTOS MORÓN, M. J. "El Incumplimiento de las obligaciones", en *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial* (coord. M. J. SANTOS MORÓN), Tecnos, Madrid, 2022.

SEOANE, J. A.: "Lex Artis", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 38, 2022.

SEUBA TORREBLANCA, J. C.: "Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario", *InDret*, núm. 2, 2002.

TOKARCZYK, R.: *Prawa Wierne Naturze. Krytyka Doktryny Lona Luvois Fullera*, Wydawnictwo Lubelskie, Lublin, 1980.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., y BLASCO GASCÓ, F. P.: *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1995.

VARGAS BRAND, I. N.: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023.

YZQUIERDO TOLSADA, M.:

- *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989.
- "La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia", *Derecho y Salud*, vol. 9, núm. 1, 2001.
- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2020.

