

1.6. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil en la cirugía estética

Civil Liability in Plastic Surgery

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: El presente trabajo aborda la doctrina jurisprudencial relativa a la delimitación de la responsabilidad civil en los daños causados por mala praxis médica en los supuestos de cirugía estética. Serán objeto de análisis la normativa aplicable y las cuestiones jurídicas que son objeto de mayor controversia judicial, entre otras, el contenido y la extensión del deber de información sobre los riesgos de la intervención y las consecuencias de su incumplimiento, la naturaleza jurídica de la obligación y su evolución jurisprudencial en relación a la obligación de medios, y la teoría del daño desproporcionado como presunción de culpa del cirujano, salvo prueba en contrario.

ABSTRACT: *This paper analyzes the jurisprudential doctrine regarding the delimitation of the civil liability in the damages caused by medical malpractice in plastic surgery. For this, the applicable regulations and the legal issues of greatest judicial controversy such as: the extension of the duties of information on the risks of the intervention and the consequences of the breach of that duty, the legal nature of the obligation and its jurisprudential evolution in relation to the obligation to provide means, and the theory of disproportionate harm as presumption of malpractice of the surgeon unless proven otherwise.*

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad médica. Cirugía estética. Consentimiento informado. Obligación de medios. Obligación de resultados.

KEY WORDS: *Medical liability. Plastic surgery. Informed consent. Obligation to provide means. Obligation to produce results.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE AL CIRUJANO Y AL CENTRO DE CIRUGÍA ESTÉTICA: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE CONSUMO.—III. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CIRUGÍA ESTÉTICA: 1. LA MASTOPEXIA COMO CASO RELEVANTE DE RESPONSABILIDAD. 2. ANÁLISIS DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021.—IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA.—V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS FRENTE A RESULTADOS.—VI. LA TEORÍA DEL DAÑO

**DESPROPORCIONADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA.—VII. CONCLUSIONES.
—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones de cirugía estética pueden tener beneficios para aquellas personas que buscan cambiar algún aspecto de su físico que les hace sentir incómodas, pero a veces esconden un deseo de aceptación social o lograr un modelo de belleza autoimpuesto, intentando unas veces corregir algún aspecto, otras una necesidad interna de mantener o afianzar una buena imagen, o simplemente tratar de evitar el natural envejecimiento. No son pocas las ocasiones en las que las personas, en esa búsqueda de la continua y deseada belleza exterior, no son conscientes (o a pesar de serlo) de los riesgos de estas operaciones que, en muchos casos, van más allá de unos molestos efectos secundarios. Las consecuencias de estas intervenciones pueden dar lugar no solo a unos resultados insatisfactorios, sino también a lesiones y secuelas, e incluso, en el peor de los casos, conllevar el fallecimiento del sujeto, que desgraciadamente termina sacrificando su vida por una imagen. Es posible que nos venga, entonces, a la mente el sumamente bello Narciso, de la mitología griega, que terminó ahogado en su autocontemplación, al enamorarse de su propia imagen reflejada en el agua.

En este trabajo abordaremos las consecuencias jurídicas que entraña ese resultado en la responsabilidad civil de los sujetos intervenientes, analizando los aspectos más relevantes que la jurisprudencia tiene en cuenta para estimar la existencia o no de dicha responsabilidad. Para ello, en primer lugar, se delimitará la normativa aplicable en la responsabilidad imputable al cirujano y al centro médico. A continuación, tomando como referencia la STS de 30 de noviembre de 2021, se analizarán los aspectos que resultan más relevantes en las reclamaciones judiciales por daños derivados de una cirugía estética: el defecto de información sobre los riesgos de la intervención; la naturaleza jurídica de la obligación, si es de medios o de resultados; y la teoría del daño desproporcionado.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE AL CIRUJANO Y AL CENTRO DE CIRUGÍA ESTÉTICA

A la hora de delimitar la responsabilidad por los daños causados en una intervención quirúrgica estética debemos establecer el ámbito de actuación en el que nos encontramos y si resultan aplicables las reglas generales de responsabilidad civil o el derecho de consumo, teniendo en cuenta que los criterios de imputación de la responsabilidad difieren en la responsabilidad civil contractual, extracontractual, por productos defectuosos y por la prestación de servicios sanitarios.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

La responsabilidad civil contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato en la relación médico-paciente, que se fundamenta en un acuerdo de voluntades, concretamente,

en un contrato de servicios médicos celebrado entre el sujeto que desea someterse a una intervención para corregir un aspecto físico de su cuerpo y el centro médico privado donde generalmente se realizan, con carácter general, este tipo de intervenciones, y por cuyo incumplimiento se genera una responsabilidad civil. Precisamente, mediante cláusulas contractuales se va determinando el contenido de la prestación y del servicio médico, con el alcance y delimitaciones de su cumplimiento. De tal forma que dicha responsabilidad procederá si la inobservancia e incumplimiento se deriva de la falta de realización de la intervención de cirugía estética o la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas en el contrato, y sujetas a las reglas de temporalidad, identidad, integridad. Por este motivo, se indica que este régimen de responsabilidad contractual se rige por el criterio de la llamada culpa contractual, que consiste en una omisión de la diligencia (propia o de los dependientes) que impide el cumplimiento normal de una obligación¹. Bajo esta premisa, se responde por el mero incumplimiento, resultando de aplicación lo pactado por las partes y, en segundo lugar, las disposiciones establecidas en el artículo 1101 y siguientes del Código Civil (CC), que imponen la indemnización de los daños y perjuicios causados a «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere al tenor de aquellas».

Respecto a la prueba, el paciente que contrata esa cirugía solo necesitará acreditar el incumplimiento de la obligación, mientras que el deudor deberá probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable. No obstante, no basta con el mero incumplimiento, sino que es necesario que se hayan producido daños y que estos se acrediten por parte de quien los reclama. Los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (art. 1106 CC), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquel y que, en el caso de resultados claramente inestéticos de la intervención, podrían tener relevancia.

Esta acción de responsabilidad contractual puede tener su origen en un arrendamiento de servicios, que será lo habitual, o de obra, si así se pacta, y por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto (art. 1544 CC). De este modo, en la cirugía estética hay que tener presente que no siempre la relación existente será la de arrendamiento de servicios ya que es posible encontrarnos en algún supuesto ante un contrato de ejecución de obra (*locatio conductio operis*), en el que cirujano o la clínica que suscriben el contrato se comprometería con el cliente a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio, de este modo, se requeriría la consecución de un resultado esperado. En este caso, la responsabilidad tendrá lugar por no realizarse el resultado pactado ya que se promete un resultado y su buena ejecución técnica. La anterior jurisprudencia situaba a la cirugía estética en mayor medida dentro de la obligación de resultado del contrato de obra², sin embargo, como veremos, a menos que expresamente se determine de ese modo, actualmente se considera como un arrendamiento de servicios. La diferencia entre uno y otro tiene trascendencia, en la naturaleza de la obligación que se origina.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual en el ámbito médico tiene su origen en la causación de un daño sin que medie una relación contractual previa o, preexiendo esta, sea ajeno a ese ámbito porque el contrato se haya celebrado con la persona que realiza la actuación, como sucede con el cirujano cuando el paciente suscribe un contrato con la clínica o el centro médico, y es esta la que encomienda la intervención a un especialista, sea o no su empleado.

Debido a esta ausencia de relación contractual, la responsabilidad nace por transgredir no una obligación, sino un deber genérico de conducta: no lesionar los derechos e intereses de otro. En este caso, se aplican, con carácter general, las normas establecidas en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil, así como las leyes especiales existentes en la materia. El plazo de prescripción será de un año desde el conocimiento del daño (art. 1968 CC), frente al plazo establecido en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, que es de cinco años (art. 1964 CC).

Aunque la culpa o negligencia constituye el criterio principal de imputación respecto a la responsabilidad por hecho propio, es preciso analizar si, ante la ausencia de una normativa de responsabilidad civil específica en esta materia, existe una interpretación judicial que, aunque parte de este criterio, lo diluya de tal forma que se acerque a una imputación más objetiva de la responsabilidad, en qué medida y bajo qué presupuestos. Estos aspectos serán analizados cuando abordemos las resoluciones jurisprudenciales sobre la materia.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE CONSUMO

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), ampara a los perjudicados como consecuencia de los daños causados por productos defectuosos y de los daños causados por otros bienes y servicios.

En relación a la prestación de servicios, el artículo 147 del TRLGDCU acude al criterio de la responsabilidad por culpa del prestador del servicio derivados del incumplimiento de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos, y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Sin embargo, a continuación, el artículo 148 recoge un régimen especial de responsabilidad objetiva, siempre que se haga un correcto uso de los servicios, de aquellos cuya «propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecidos, incluya necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario»; y, por otro lado, establece un elenco de servicios que, en todo caso, tendrán dicha consideración, entre los que se encuentran los servicios sanitarios. La justificación de este régimen deriva de las características que deben reunir dichos servicios, estableciendo una obligación de garantía; de manera que la responsabilidad surge por el incumpliendo de estas garantías (de eficacia o seguridad) y controles (técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad).

De esta manera, podría resultar de utilidad esta normativa a la hora de imputar responsabilidad en la prestación de un servicio de cirugía estética por parte de una clínica o centro médico. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad profesional del cirujano se rechaza la aplicación de la normativa específica en materia de consumo y, por lo tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva. En este sentido, la STS de 24 de mayo de 2012 recoge la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala que «ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos». Por consiguiente, la responsabilidad establecida en la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 4 de marzo de 2013, 5 de enero y 26 de abril de 2007). En términos similares, en relación a la aplicación de esta legislación, se manifiestan las SSTS de 29 de junio y 3 de julio de 2013, indicando que «este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*». En este contexto, el criterio de imputación de la responsabilidad del cirujano seguirá siendo subjetivo.

Del mismo modo, en los casos de responsabilidad por daños causados por un producto sanitario defectuoso utilizado en la prestación del servicio, supongamos en el caso de prótesis mamarias o en el instrumental quirúrgico, al productor se le aplica el régimen de responsabilidad contenido en la TRLGDCU (arts. 137 y sigs.), mientras que al cirujano solo se le imputará la responsabilidad si contraviene la *lex artis* sin que pueda ser tampoco declarado responsable de los daños ocasionados por un producto sanitario defectuoso.

III. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CIRUGÍA ESTÉTICA

1. LA MASTOPEXIA COMO CASO RELEVANTE DE RESPONSABILIDAD

Un reciente estudio, elaborado por el Colegio de Médicos de Barcelona y la Cátedra de Responsabilidad Profesional Médica y Medicina Legal de la UAB, ha puesto de relieve que la mastopexia (procedimiento quirúrgico para elevar y mejorar la forma de las mamas caídas) constituye uno de los actos más comunes en cirugía estética de mayor litigiosidad, donde se concluye que el defecto de información, así como la estimación jurídica de una obligación de medios o de resultados, son elementos clave en este tipo de reclamaciones³. Sin embargo, en el análisis no se tiene en cuenta la evolución jurisprudencial relativa a la naturaleza de la obligación de estas intervenciones ni tampoco que las clínicas en los últimos años han ido ampliado sus documentos de información, con un mayor número de cláusulas y advertencias sobre los riesgos, para que la mera firma no termine siendo de adhesión a la expectativa de ese resultado que se vende y evitar, al menos formalmente, que queden relativizados los riesgos u obviados los posibles resultados insatisfactorios en la información suministrada por la clínica

o el cirujano. No obstante, la realidad de cómo se llevan a cabo estas prácticas, en muchos casos, tendría que dar lugar a un específico estudio y a una posible reflexión que, sin duda, supera los límites de este trabajo.

Respecto a la praxis médica, las contracturas capsulares, infecciones post-operatorias, así como los perjuicios antiestéticos (cicatrices marcadas, asimetría o ptosis acentuada) constituyen las causas más comunes. En la mayoría de los casos la reclamación por dicha actuación va acompañada de un reproche por defecto de información, por lo que los tribunales a veces condenan a abonar una indemnización (concretamente, en casi la mitad de los casos analizados) por un defecto en la información suministrada al paciente, aunque siempre existiera un documento de consentimiento informado.

2. ANÁLISIS DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

Precisamente, uno de estos casos que constituyen un ejemplo de este tipo de supuestos y donde se observa la disparidad de criterio de los órganos judiciales es el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre 2021, recurso 5955/2018, que estima el recurso de casación interpuesto ante la resolución de la Audiencia Provincial, Sección 4.^a, de 17 de octubre de 2018, absolviendo a la clínica demandada en un caso de cirugía estética. Esta resolución va a permitirnos analizar los deberes de información en la cirugía voluntaria o satisfactiva, la naturaleza jurídica de este tipo de obligación (de medios o de resultados) y su incidencia en la obligación relativa al consentimiento informado, así como los supuestos de aplicación de la teoría del daño desproporcionado como presunción de culpa.

El supuesto objeto de enjuiciamiento es el de una intervención quirúrgica de aumento de mamas, mediante la implantación de dos prótesis PIP (Poly Implant Prothèse). Los resultados fueron en principio satisfactorios, pero al tener conocimiento de las deficiencias de fabricación descubiertas en dichos productos, y presentar la paciente además una ptosis mamaria grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha, acudió de nuevo a la clínica donde fue intervenida (cinco años después de la primera intervención) para reemplazarlas y proceder a su elevación (mastopexia). Tras esta segunda intervención, la actora presentó asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas.

La demandante, varios días antes de esta segunda intervención, concretamente el 7 de febrero de 2011, firmó las hojas del consentimiento informado. En relación a la retirada de los implantes mamarios se le advertía, como riesgos de la intervención, la posibilidad de cicatriz cutánea anormal tanto en la piel como en los tejidos profundos y de la posibilidad de necesitar tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal, y que si ocurriera complicaciones podría ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. En relación con la práctica de la mamoplastia de aumento, se hacía referencia a que podía ocurrir asimetría mamaria después de la cirugía si las mamas no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía. También se indicaba que en casos raros podían darse cicatrices anormales, así como que también era posible un desplazamiento insatisfactorio o mala calidad de las cicatrices, pudiéndose necesitar cirugía adicional para mejorar los resultados. Por último, en relación con el documento de consentimiento para la mastopexia, se referencia la misma advertencia sobre las cicatrices cutáneas, además de cierto grado de asimetría mamaria y necesidad de cirugía adicional, incluso a largo plazo porque existen

muchas condiciones variables que pueden influenciar los resultados. Se dejaba también constancia de que «la práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse».

La paciente interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Alicante, alegando que la operación no había dado el resultado previsto, reclamando una indemnización, que fue estimada por el juzgado, con fecha 4 de septiembre de 2017, aunque por un importe inferior al solicitado, condenando a la clínica al abono de 18 240 euros más costas. El juzgado consideró que si bien el consentimiento informado fue suscrito por la demandante, sin embargo, la demandada no demostró que le hubieran explicado debidamente los riesgos concretos de la intervención y que, por otra parte, nos encontrábamos ante un caso de medicina voluntaria, en la que la obligación del cirujano es de resultado, con cita de la STS de 11 de febrero de 2001. Esta resolución fue recurrida por la demandada, estimando parcialmente el recurso la Audiencia Provincial de Alicante, reduciendo el principal importe de la condena a la suma de 14.444 euros y dejando sin efecto la condena en costas. La Audiencia desestima las alegaciones relativas a la primera intervención y la implantación de las prótesis PIP porque la naturaleza de la misma no era la causa de las pretensiones de la actora ni se apreciaba responsabilidad alguna por negligencia. Estima, sin embargo, la condena por el resultado obtenido, apoyándose en la teoría del daño desproporcionado, al haberse constatado su defectuoso resultado por asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas. Para la valoración de este extremo se apoya en el informe del cirujano, unos días después de la intervención, donde aprecia «deformación pecho izquierdo que se ve de menor tamaño con + caídas» y propone una nueva intervención para «retirar glándula de pecho izquierdo de la parte posterior de la areola y sustituirla con una prótesis mayor». A la Audiencia este informe le resulta revelador de la incorrecta realización de la intervención en los términos a que se refiere la llamada teoría del daño desproporcionado, y coincide con las apreciaciones de la primera instancia en que los resultados apreciados y probados no son aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, «no presidida por la necesidad y el fin curativo sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo».

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

El defecto de información en el documento de consentimiento informado antes de la intervención estética constituye, como hemos visto, uno de los motivos principales de reclamación de la responsabilidad civil. Entre los deberes del cirujano y de la clínica o centro médico cobra especial relevancia la información suministrada al paciente (o cliente). En este sentido, no solo existe la obligación de utilizar los medios adecuados a la ciencia, sino de proporcionar información al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, cómo va a efectuarse, cuál será su duración y los riesgos inherentes al mismo. De hecho, el consentimiento informado, calificado como un derecho humano fundamental y básico (SSTS de 12 de enero y 11 de mayo de 2001), constituye un elemento clave en el ejercicio de la actuación de estos profesionales.

Téngase en cuenta, por lo tanto, que la falta de información implica una conducta culposa susceptible de responsabilidad ya que su ausencia constituye base suficiente del reproche culpabilístico del médico. En este sentido, la juris-

prudencia ha señalado que el deber de informar al paciente se presenta como un deber profesional necesario y opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual (STS de 31 de marzo de 2004). Cuestión distinta es que no se pueda equiparar, como veremos, esta culpa con la mala praxis en la realización de la intervención quirúrgica, ni tampoco la indemnización que provenga de esta omisión.

La 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 determina las obligaciones en el ámbito de la información y la documentación clínicas con el objeto de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. Una vez que el paciente recibe dicha información previa adecuada, se entiende que existe un consentimiento informado libre y voluntario para realizar dicha intervención en el ámbito de la sanidad (art. 8). En virtud de lo expuesto, el médico deberá previamente facilitar la información básica acerca de: las consecuencias relevantes o de importancia originadas por la intervención; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones (art. 10). Deber que tendría acentuarse en el caso de intervenciones estéticas realizadas a menores; y, ello, en consonancia con lo regulado en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, sobre el consentimiento de los menores de dieciséis años o emancipados⁴, que deben prestar su propio consentimiento, si bien «cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

Si el cirujano cumple con el deber de informar al paciente de los riesgos y, a pesar de los mismos, obtiene su consentimiento, no se le podrá atribuir responsabilidad si el resultado obtenido tras la intervención estética proviene de esa posibilidad. Sin embargo, se podrá entender que el consentimiento estaba viciado o resultó defectuoso si no le suministró toda la información exigida, máxime en los casos de cirugía voluntaria «en las que la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa» (STS de 2 de julio de 2002). En estos casos, nos seguimos encontrando ante una obligación de medios intensificada de tener que informar tanto del posible riesgo de la intervención como de la posibilidad de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, por lo que se exigiría un mayor nivel de diligencia a la hora de suministrar información al paciente para prestar su consentimiento en presencia de una intervención quirúrgica meramente estética. A tal efecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015, citando doctrina anterior, que: «Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, y reitera la de 16 de enero de 2012, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más riguosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007, o 23 de octubre de 2008). Además, señala, recogiendo

numerosos supuestos particulares resueltos por la jurisprudencia, que tiene ver con distintos factores como son los riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos; los riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma; o necesidad de la intervención.

En el caso enjuiciado por la STS de 30 de noviembre de 2021, que es objeto principal de análisis en el presente trabajo, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices resultantes de la intervención se consideran que conforman riesgos de la intervención, que figuran descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante. La demandada señaló que no se había incumplido la *lex artis* debido a que la paciente fue debidamente informada de la intervención que se le iba a practicar, así como de sus riesgos con sujeción al protocolo de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Además, se argumentó que con la misma información ya había sido operada previamente en una primera intervención. Sin embargo, la parte recurrida se opuso a este motivo dado que la sentencia de la Audiencia respetó los hechos determinados por el juzgado de primera instancia, debiéndose considerar que no hubo explicación verbal y detallada de los riesgos que podrían derivarse de la intervención, sino más bien lo contrario porque se le garantizó el resultado, y la recurrente no tenía constancia de haber suscrito el consentimiento informado.

El Alto Tribunal determina que la Audiencia Provincial no construye el fallo condenatorio sobre defectos en el consentimiento informado, que no aprecia, sino que considera que la demandante fue debidamente ilustrada de los riesgos de la primera intervención, que son los mismos de la segunda operación realizada, y tras recoger los artículos 8 y 10 del texto de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, centra a la voluntad de la paciente como elemento principal en la relación con el médico, en los siguientes términos: «Durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas. No obstante, frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente, concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen. Desde esta perspectiva, se produce un cambio radical en el rol de las relaciones médico-paciente, limitándose aquel a informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas de tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su consentimiento expreso e informado, salvo situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase. Como explica la sentencia de 4 de marzo de 2011: «La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no

es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Únicamente cuando el enfermo, con una información suficiente y una capacidad de comprensión adecuada, adopta libremente una decisión con respecto a una actuación médica, se puede concluir que quiere el tratamiento que se le va a dispensar. En este sentido, la sentencia de 23 de julio de 2003 señala que: «la información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica». De este modo, la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que el artículo 15 CE comprende: «decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal [...] Ahora bien, para que esta facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento». En definitiva, la privación de información equivale a la privación del derecho a consentir adecuadamente.

En relación al consentimiento informado en el caso concreto de medicina voluntaria o satisfactiva y la diferencia con la necesaria o terapéutica, se considera que tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la prestación de la *lex artis ad hoc*, de obtener el consentimiento de sus pacientes, exigiéndose un mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los supuestos de medicina voluntaria (SSTS de 27 de septiembre de 2010, 20 de enero de 2011, 17 de junio de 2015 y 15 de febrero de 2017). En este sentido, se indica que «la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético, controlar la natalidad, colocar dispositivos anticonceptivos, llevar a efecto tratamientos odontológicos o realizar implantes capilares entre otras manifestaciones, en contraste con los casos de la medicina necesaria, asistencial o terapéutica, en los que se actúa sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud, todo ello con las miras puestas en evitar que prevelezcan intereses crematísticos a través de un proceso de magnificación de las expectativas y banalización de los riesgos, que toda intervención invasiva genera. De esta forma, se quiere impedir que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una exigencia relativa, toda vez que no sufre un deterioro en su salud que haga preciso un tratamiento o intervención quirúrgica, con fines terapéuticos de restablecimiento de la salud o paliar las consecuencias de la enfermedad». O dicho en palabras de la sentencia de 13 de abril de 2016: «Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención ...».

Para el Tribunal Supremo la materialización de un riesgo típico informado y consentido como lo eran la asimetría y las cicatrices no es fuente de responsabilidad civil del cirujano, salvo que se hubiera apreciado una mala praxis en

la ejecución de la técnica quirúrgica. Sin embargo, en este análisis nos resulta relevante dos cuestiones que podrían haberse tenido en cuenta. La primera de ellas es que parece faltar una información específica sobre la anatomía de la mujer para valorar e informar del posible resultado. Al no figurar expresamente descrita la situación que presentaba antes de la operación, podría considerarse que no estaban adecuadamente informados los riesgos específicos atendiendo a su anatomía ya que, precisamente, en relación con la práctica de la mamoplastia de aumento, se indicaba en el documento de consentimiento informado recogido que podía ocurrir asimetría mamaria si estas «no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía». Por lo tanto, en ese incremento de la diligencia sobre la información debería describirse si en la paciente se daba esa circunstancia y en qué medida.

Y, en segundo lugar, que la obligación de información que incumbe al cirujano es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención realizada, por lo que se tratan de dos obligaciones distintas, que no deben asociarse: la de información y la de diligente intervención técnica, cuyo incumplimiento entiendo que genera también distintas consecuencias ya que, en el primer caso, es preciso hallar una relación causal entre la falta de consentimiento y el daño sufrido por la paciente como causa «indirecta» del daño, por ejemplo, en el caso de que el consentimiento de esa cirugía estética se hubiera realizado sin que se tuviera una información específica y personalizada, efectuándose la intervención diligentemente, pero aconteciendo uno de los riesgos típicos (o atípicos) de la misma en base a esas circunstancias personales. En este caso, entiendo que sí podría existir una responsabilidad imputable al cirujano, pero no por la deficiencia en la prestación quirúrgica dispensada que implicara una falta de diligencia, ya que efectivamente no consta. Se trataría de un daño indemnizable por la vulneración del derecho de elección del paciente ya que, en este tipo de intervenciones quirúrgicas voluntarias, el deber de información acerca de los riesgos se hace más relevante debido a que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa (STS de 2 de julio de 2002, ya citada). Razón por la que no solo existe la obligación de utilizar los medios adecuados a la ciencia médica, sino de proporcionar una mayor información (de forma exhaustiva) al paciente sobre los riesgos de la intervención. De lo contrario, se produce una vulneración del derecho de elección del paciente, que debería indemnizarse como daño causado por la pérdida de este derecho, ya que la paciente podría haber decidido no someterse a la misma. Además, en el caso concreto, entiendo que se podría diferenciar sobre la información suministrada, por un lado, sobre las posibles cicatrices y, por otro lado, sobre el riesgo de asimetría, que es donde podría resultar más imprecisa la información, atendiendo a los riesgos de la anatomía concreta que presentaba la paciente, que parece no quedar suficientemente reflejada.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS FRENTE A RESULTADOS

Con carácter general, en cualquier intervención quirúrgica, nos encontramos ante una obligación de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc* ya que, lo contrario, sería prescindir de la idea subjetiva de culpa. De

esta manera, y aunque no se encuentre determinado expresamente por la ley, se considera que la obligación del médico no constituye una obligación de resultado (lograr la salud del paciente), sino de medios: proporcionarle con diligencia y dedicación todos los cuidados necesarios en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*⁵. En consecuencia, un resultado desfavorable (por ejemplo el fallecimiento de una persona o no lograr los resultados previstos con un tratamiento o en una intervención) no significa, a priori, una actuación de manera negligente. No obstante, la naturaleza de esta obligación no se resuelve en respuestas absolutas, dado que las singularidades del supuesto pueden influir en esta consideración.

A este respecto, debemos aclarar el cambio de la línea jurisprudencial que ha ocasionado que en los últimos años se hayan producido resoluciones dispares, especialmente en los juzgados de primera instancia y de apelación, como ha sucedido en el caso del que trae causa la reciente sentencia que estamos analizando. En un primer momento, la jurisprudencia venía diferenciando entre la medicina asistencial o curativa, donde regía una obligación de medios, y la llamada medicina satisfactiva, en los que se incluía los casos de cirugía estética, donde existía una tendencia a exigir una obligación de resultado, es decir, el cumplimiento de un contrato de obra (STS de 29 de octubre de 2004, 11 de mayo de 2001 o 14 de noviembre de 1996, entre otras), lo que implicaba una distinta concepción de la responsabilidad⁶. Sirva de ejemplo la STS de 26 de marzo de 2004 que admitía que: «Cuando se produce la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*». Y, del mismo modo, la STS de 26 de abril de 2007, recogiendo jurisprudencia anterior, señalaba que «en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada».

Sin embargo, en los últimos años, nuestro Tribunal Supremo incide en el componente aleatorio de las intervenciones médicas en cualquier técnica de cirugía, pudiendo ser las meras alteraciones biológicas las causantes de los riesgos o complicaciones. Y, de esta manera, las sentencias de 13 de abril de 2016 y de 3 febrero de 2015, recogiendo la sentencia de 7 de mayo de 2014 (que a su vez cita las SSTS de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013), han aclarado esta cuestión, estableciendo expresamente que, en cualquier especialidad médica, nos encontramos con una obligación de medios, incluso en los supuestos de medicina voluntaria: «La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos

y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS de 12 de marzo de 2008 o 30 de junio de 2009)».

De este modo, se determina que, con carácter general, los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan una garantía del resultado perseguido. En este sentido, la cirugía estética o plástica, aunque tienen como objetivo un resultado, no por ello conlleva la garantía de dicho resultado y no se le debe imputar ese fracaso al médico prescindiendo de la idea subjetiva de culpa ya que la imputación de la responsabilidad médica no se rige por un criterio objetivo. A tal efecto, resultan ilustrativas, en relación a una intervención médica en la que se implantan unas prótesis mamarias, dos sentencias del Tribunal Supremo. La primera de ellas de 15 de febrero de 2017 que indica que «la única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial, que es de medios y no de resultado, sin objetivación de la responsabilidad pues no estamos ante un contrato de obra en que su objeto contractual esencial no es el proceso seguido para la realización de una obra, sino precisamente el resultado de ese proceso, es decir, la obra ejecutada». Y la segunda de fecha de 13 de abril de 2016 que recoge la doctrina reiterada relativa a que «los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo 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 (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013)».

Por lo tanto, el Tribunal únicamente considera que podría apreciarse esa obligación de resultado cuando se haya pactado o garantizado, independientemente de que nos encontremos o no ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria. Cuestión distinta es que, en estos supuestos, se acentúe la obligación de informar al paciente sobre los riesgos como pone de manifiesto dicha resolución y previamente hemos analizado. En este sentido, se podría calificar como «obligación de medios acentuada o cualificada» al considerar que la relevancia del deber de información al paciente constituye un criterio distintivo real entre medicina satisfactiva y curativa a efectos de determinar la responsabilidad⁷.

Y, en consonancia con esta exigencia expuesta, la sentencia de 30 de noviembre de 2021 entra a valorar el motivo de casación alegado por la recurrente de que la resolución de la Audiencia se basa en la antigua doctrina que distinguía entre medicina curativa-medios satisfactiva-resultados frente a la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (y, en concreto, la emanada de sus sentencias de STS de 15 de febrero de 2017, 13 de abril de 2016, 3 de febrero de 2015, 9 de septiembre de 2014, 7 de mayo de 2014, 19 de julio de 2013, 28 de junio de 2013, 3 de marzo de 2010, 30 de junio de 2009 y 20 de noviembre 2009), en las que se reconoce que la responsabilidad del profesional médico en la cirugía satisfactiva es de medios y no de resultados. Recuerda

a este respecto el alto Tribunal que la cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y recoge, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2016, que señala que aunque ese resultado sea el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y lo que se espera, «el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala». La sala recuerda que no se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS de 23 de mayo de 2007, 30 de junio de 2009, 20 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2008 y 19 de julio de 2013, 3 de febrero de 2015); pues, en ambos casos, «el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados». Trae a colación, además, la sentencia ya analizada de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de anteriores sentencias que hemos recogido para los supuestos de medicina voluntaria, que indicaba que la responsabilidad del profesional médico al ser de medios no puede garantizar un resultado concreto, precisamente porque las intervenciones médicas están sujetas al componente aleatorio propio, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares y el fracaso puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas.

Y, en este sentido, advierte, como ya lo hizo en la STS de 13 de abril de 2016, que «una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso».

VI. LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

Como regla general, en una reclamación judicial de responsabilidad civil médica, el paciente deberá probar la existencia del daño; el nexo causal entre la conducta del médico y dicho resultado; y respecto a la culpa, una actuación negligente. Sin embargo, en el caso en el que se produce un daño desproporcionado se admite una apreciación de la culpa derivada de ese resultado si no queda desacreditado por prueba en contrario.

El daño desproporcionado es aquel que se produce cuando se presenta un resultado atípico con la actuación, es decir, acontece cuando «un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal»⁸. La jurisprudencia lo define en la STS de 24 de noviembre de 2016, que recoge la de 19 de julio de 2013, como aquel «no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria». Y, en la misma línea, también se habían pronunciado las SSTS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007, 20 de noviembre de 2009 y

23 de octubre de 2015, que lo concretan como el «no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria», debiendo el profesional médico, en estos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, «probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación».

Se constata, por lo tanto, un daño desproporcionado «cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado que ha de desvirtuar el interviniénte y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba» (STS de 25 noviembre de 2010).

La jurisprudencia presume, entonces, la culpabilidad del médico («culpa virtual» o «faute virtuelle») en los supuestos en los que se ha producido un daño anormal, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado. Se requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto; y la infracción del artículo 1101 del Código Civil (si se aprecia la responsabilidad como contractual) o de los artículos 1902 y 1903 (en el caso de que se aprecie responsabilidad extracontractual).

De este modo, en la doctrina del daño desproporcionado «a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente»⁹.

En consonancia, la culpabilidad del autor se desprende de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia. Si bien, la jurisprudencia actual prefiere referirse a este supuesto como un parámetro de enjuiciamiento de la conducta del médico o una presunción desfavorable al buen hacer. Y, en este sentido, la STS de 24 noviembre de 2016 establece que: «La doctrina del daño desproporcionado (STS de 6 de junio de 2014) permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume». Por otro lado, la STS de 23 de octubre de 2008 señala la obligación que incumbe al profesional en tales casos: «En el caso de daño desproporcionado, o resultado «clamoroso», el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS de 10 de junio de 2008). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS de 16 de abril de 2007, 30 de abril de 2007, 14 de mayo de 2008), de modo que la ausencia u

omisión de explicación puede determinar la imputación (STS de 23 de mayo de 2007), creando o haciendo surgir una deducción de negligencia (SSTS de 16 y 30 de abril de 2007)».

En esta situación, debe ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta. Ahora bien, aunque pudiera parecer que nos encontramos ante un nuevo criterio de imputación de la responsabilidad, la jurisprudencia señala que no lo es tal. A tal efecto, la STS de 27 de diciembre de 2011 indica que: «El daño desproporcionado no es un criterio de imputación. Es aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria». Del mismo modo, las SSTS de 5 de enero y 27 de febrero de 2007 ponen de manifiesto que tampoco implican una inversión de la carga de la prueba, sino la constatación de una falta de diligencia, señalando que «esta doctrina no comporta, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación por responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias (de especial intensidad en los casos de actividades creadoras de riesgos extraordinarios), solo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido, en la forma que en la actualidad recoge el artículo 217.6 LEC, por lo que no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS de 23 de marzo de 2001, 24 de noviembre de 2005), al no poder atribuirseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS de 13 de julio de 1987)». Por lo tanto, estos supuestos de responsabilidad derivados de un daño desproporcionado suponen una presunción de culpa de la que cabe prueba en contrario que justifique el resultado anómalo.

De esta manera, la jurisprudencia ha venido desestimado la existencia de un daño desproporcionado cuando el daño era previsto y explicable dentro de la realización de esa intervención, como consecuencia de una conducta ajena a la negligencia del facultativo, que cumplió la información sobre sus riesgos (STS de 23 octubre de 2015) o si hubo un correcto cumplimiento de la información facilitada al paciente en una situación de especial necesidad quirúrgica, aunque fuera estética (en este caso, unos implantes dentales tras un cáncer de mandíbula), respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse (STS de 24 noviembre de 2016). Por lo tanto, el hecho de que se produzca un daño anómalo no significa que el médico deba responder automáticamente, sino que únicamente se estimará su responsabilidad si no queda acreditada una justificación sobre el mismo. En virtud de lo expuesto, si el daño resultante es típico, aunque sea infrecuente, no es desproporcionado. Del mismo modo, cuando hay una causa que explica y justifica el resultado, se excluye la aplicación de las consecuencias de esta doctrina.

En el caso concreto de la STS de 20 de noviembre de 2021, aunque para la Audiencia Provincial de Alicante el informe del cirujano tras la intervención resultara revelador de la incorrecta realización de la intervención en los términos a que se refiere la llamada teoría del daño desproporcionado, la Sala considera que no constituye tal porque había sido previamente advertido y constituía un riesgo típico de la intervención practicada. En este sentido, recoge la sentencia de 12 de abril de 2016, en la que se señala que «[...] la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el «*onus probandi*» de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS de 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan)». Del mismo modo, recoge el pronunciamiento de la sentencia de 24 de noviembre de 2016, que reproduce también las sentencias de 30 de junio de 2009 y 27 de diciembre de 2011, en idénticos términos. Y que añade que, siendo así, «no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuirseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS de 19 de octubre de 2007, 30 de junio de 2009, 28 de junio de 2013)».

Por otro lado, tampoco considera, tras la valoración de las fotografías aportadas en su momento, que existiera un resultado clamoroso, que hiera los sentidos, sino que acreditan una cierta asimetría y cicatrices tolerables. De este modo, y dando por válido el consentimiento de ambos riesgos, desestima la existencia de un daño desproporcionado, al considerar que constaba información sobre el mismo, concluyendo que «no puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas. No nos hallamos ante un resultado excepcionalmente anómalo o clamoroso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica dispensada, que evidencie, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado (*res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que practicó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita».

En definitiva, el alto Tribunal fundamenta la absolución de la recurrente en el consentimiento informado, que considera que ha sido plenamente prestado, centrándose también en su resolución en advertir el error cometido por los juzgadores anteriores respecto a la naturaleza jurídica de la obligación en los supuestos de medicina estética. Si bien, como ya se ha apuntado, hubiera sido deseable, desde el inicio de enjuiciamiento de este caso por los órganos

correspondientes, que se hubiera valorado si existió algún defecto respecto a la información de los riesgos específicos de la paciente.

VII. CONCLUSIONES

I. Existe un componente aleatorio en las intervenciones de cualquier técnica de cirugía, pudiendo ser las meras alteraciones biológicas las causantes de los riesgos o complicaciones, por lo que con carácter general debe admitirse que la obligación médica en cualquier clase de cirugía es de medios, a menos que se haya pactado expresamente un determinado resultado.

II. La medicina estética no comporta una garantía del resultado perseguido. En este sentido, la cirugía estética o plástica, aunque tienen como objetivo un resultado, no por ello conlleva la garantía de dicho resultado, por lo que no se le debe imputar ese fracaso al médico, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa. La imputación de la responsabilidad médica, tanto en el caso de la cirugía necesaria como voluntaria, no se rige por un criterio objetivo.

III. Solo podría apreciarse una obligación de resultado cuando se haya pactado o garantizado la misma, independientemente de que nos encontremos o no ante un supuesto de medicina estética.

IV. La distinción entre medicina necesaria y medicina voluntaria resulta de especial relevancia en la exigencia de un mayor nivel de diligencia a la hora de suministrar información al paciente para prestar su consentimiento en presencia de una intervención quirúrgica meramente estética.

V. La cirugía estética conlleva una obligación de medios intensificada de tener que informar tanto de los posibles riesgos de la intervención como de la posibilidad de que con la misma no se obtenga el resultado buscado.

VI. El deber de información en la cirugía estética debe ser, si cabe, más preciso para que el paciente pueda conocer los eventuales riesgos, valorarlos y con base en esa información prestar su consentimiento o desistir de someterse a esa intervención.

VII. Esos riesgos deben comprender también los específicos en función de las circunstancias y la anatomía de la persona, y no deben quedar minimizados los riesgos excepcionales, aunque resulten remotos, debido a que existe un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención.

VIII. Si media el consentimiento informado y acontece uno de los riesgos previstos en la intervención se descarta la existencia de negligencia y también la posible aplicación de la doctrina del daño desproporcionado (entendido como aquel resultado no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del cirujano que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria).

IX. El defecto, el vicio o la falta de información en el consentimiento informado constituye una conducta culposa susceptible de responsabilidad ya que transgrede una obligación profesional del médico que ocasiona un daño. Ahora bien, no se puede equiparar esta culpa con la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención estética realizada. El daño indemnizable que proviene de esta omisión del deber de información sobre los riesgos corresponderá a la vulneración del derecho de elección del paciente.

X. No puede tener la consideración de daño desproporcionado y, por lo tanto generar responsabilidad civil, el resultado indeseado o insatisfactorio

que ha sido previamente advertido y que constituye un riesgo típico de la intervención de cirugía estética, siempre que hayan sido debidamente informado, y asumido consciente y voluntariamente por el paciente.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 30 de noviembre de 2021
- 15 de febrero de 2017
- 24 de noviembre de 2016
- 13 de abril de 2016
- 23 de octubre de 2015
- 3 de febrero de 2015
- 9 de septiembre de 2014
- 6 de junio de 2014
- 7 de mayo de 2014
- 19 de julio de 2013
- 3 de julio de 2013
- 29 de junio de 2013
- 28 de junio de 2013
- 4 de marzo de 2013
- 24 de mayo de 2012
- 16 de enero de 2012
- 27 de diciembre 2011
- 4 de marzo de 2011
- 20 de enero de 2011
- 25 de noviembre de 2010
- 27 de septiembre de 2010
- 3 de marzo de 2010
- 20 de noviembre de 2009
- 30 de junio de 2009
- 20 de noviembre de 2008
- 23 de octubre de 2008
- 10 de junio de 2008.
- 14 de mayo de 2008
- 12 de marzo de 2008
- 28 de noviembre de 2007
- 8 de noviembre de 2007
- 19 de octubre de 2007
- 29 de junio de 2007
- 23 de mayo de 2007
- 30 de abril de 2007
- 26 de abril de 2007
- 16 de abril de 2007
- 27 de febrero de 2007
- 12 de febrero de 2007
- 5 de enero de 2007
- 4 de octubre de 2006
- 24 de noviembre de 2005

- 21 de octubre de 2005
- 29 de octubre de 2004
- 7 de abril de 2004
- 31 de marzo de 2004
- 26 de marzo de 2004
- 23 de julio de 2003
- 22 de julio de 2003
- 2 de julio de 2002
- 11 de mayo de 2001
- 23 de marzo de 2001
- 11 de febrero de 2001
- 12 de enero de 2001
- 28 de junio de 1997
- 11 de febrero de 1997
- 14 de noviembre de 1996
- 25 de abril de 1994
- 13 de julio de 1987

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 28 de marzo de 2011

AUDIENCIA PROVINCIAL

- Alicante, Sección 4.^a, de 17 de octubre de 2018

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARBESÚ GONZÁLEZ, V. (2016). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Madrid: Dykinson.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017). *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*. Madrid: Thomson Reuters.
- GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En J.A. Seijas Quintana (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*. Madrid: Sepin.
- (2007). *Responsabilidad civil médica*, 2.^a ed, Navarra: Aranzadi.
- GÓMEZ RUFIÁN, L. (2015). Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. *RJUAM*, núm. 32, 2015-II, 185-215.
- MANJÓN RODRÍGUEZ, J.B. (2013). Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad. *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra, 22-229.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En Monterroso E. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018). La responsabilidad civil sanitaria. En *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: CEF.

- PONS-CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de las reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica relacionadas con la mastopexia. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 143-146.
- SÁNCHEZ GARCÍA, M. (2013). El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 240-258.

NOTAS

¹ Véase MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En Monterroso E. (dir.). *Responsabilidad profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 96-97.

² De este modo, señalaba la STS de 26 de marzo de 2004 que cuando se produce la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*. Y, en la misma línea, la STS de 26 de abril de 2007 admitía que «en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada (sentencia de 28 de junio de 1997, que citaba también otras en el mismo sentido, y más directamente las sentencias de 22 de julio de 2003, 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006, y 22 de julio de 2003)».

³ En el estudio se analizaron las reclamaciones efectuadas entre 2009 y 2018. Se obtuvieron 50 sentencias en las que la mayoría de las reclamaciones se basaron en un defecto de información y/o mala praxis clínica. En 26 casos se desestimaron las pretensiones de la actora. La media del *quantum* indemnizatorio en las 24 resoluciones condenatorias fue de 22 583 euros, incluyendo en la mayoría de los casos al reembolso del importe satisfecho en concepto de las intervenciones practicadas, al daño moral (calculado según el prudente arbitrio del juez, o en concordancia con el reclamado por la parte actora) y finalmente las secuelas sufridas con la ayuda de la aplicación del baremo vigente en el momento de los hechos. PONS-CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de las reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica relacionadas con la mastopexia. *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 45, núm. 4, 143-146.

⁴ MANJÓN RODRÍGUEZ, J.B. (2013) Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad. *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra, 225.

⁵ Véanse al respecto: ARBESÚ GONZÁLEZ, V. (2016) *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética*. Madrid: Dykinson, 59 y sigs. GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En J.A. Seijas Quintana (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*. Madrid: Sepin, 339-342.

⁶ Señala al respecto GÓMEZ RUFIÁN, L. (2015). Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. *RJUAM*, núm. 32, 2015-II, 204: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la concepción de la obligación jurídica desde una de resultados (vinculada al contrato de obra y a una concepción de la responsabilidad de pseudo objetivo) a una referida a la obligación de medios (vinculada, en ese caso, al arrendamiento de servicios y a la responsabilidad subjetivo-culpabilística)».

⁷ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017). *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*. Madrid: Thomson Reuters, 452-458.

⁸ SÁNCHEZ GARCÍA, M. (2013). El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 224.

⁹ GALÁN CORTÉS, J. C (2007). *Responsabilidad civil médica*, 2.^a ed, Navarra: Aranzadi, 186. En este sentido, señala el autor que «antes ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional», 184.