

REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EN MATERIA DE CIRUGÍA ESTÉTICA EN ESPAÑA

*CRITICAL REFLECTIONS ON CIVIL LIABILITY FOR COSMETIC
SURGERY IN SPAIN*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1956-1991



Federico
ARNAU MOYA

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar la evolución de la jurisprudencia recaída en materia de cirugía estética desde una obligación de resultado a una de medios. En el primer caso se trata de una obligación propia de un contrato de obra o aproximada al mismo y con un régimen de responsabilidad cuasiobjetiva. En el caso de la obligación de medios esta es la propia de un contrato de arrendamiento de servicios y se le aplica un régimen de responsabilidad subjetiva o culpabilístico. Finalmente, se analizan las cuestiones relativas a la *lex artis ad hoc* y la información al paciente o consentimiento informado.

PALABRAS CLAVE: Cirugía estética, medicina satisfactiva; responsabilidad civil; obligación de medios; obligación de resultado; contrato de obra; contrato de servicios; *lex artis*; consentimiento informado.

ABSTRACT: *The object of the present research is to lay out the jurisprudence about plastic surgery in the matter of its legal nature and its appropriate rules of liability. Specifically, it studies, through a detailed jurisprudential analysis, ordered chronologically, the causes, conditions and consequences of the progressive transformation of the medical duty in plastic surgery with a result type (resemble to a limited period of work contract and ruled with a system of objective liability) to a means type (resemble to a service lease contract and ruled with a system of subjective liability in which *lex artis* and patient information have a central role)*

KEY WORDS: *Surgery; voluntary medicine; liability; work contract; services lease contract; *lex artis*; patient information.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN CONSIDERACIONES PRELIMINARES. - II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA. - I. Régimen jurídico de la responsabilidad civil médica. - 2. Medicina satisfactiva y medicina asistencial. - 3. Obligaciones de medios y de resultados. - 4. La incidencia de la distinción en el juicio de cumplimiento. - 5. La incidencia de la distinción en el juicio de responsabilidad. - III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. - I. Equiparación de la operación de cirugía estética al contrato de obra. - 2. La cirugía estética es un contrato de arrendamientos de servicios aproximado al contrato de obra. - 3. La obligación del cirujano plástico como una obligación de medios. - IV. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. - I. La necesaria vuelta al sistema de separación de regímenes para la medicina satisfactiva y la voluntaria. - 2. La negativa a admitir la inversión de la carga de la prueba. - 3. La utilización del consentimiento informado como una cláusula de exoneración de responsabilidad. - 4. La desactivación de la doctrina del daño desproporcionado.

I. INTRODUCCIÓN CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Antes de empezar a preparar este trabajo relativo a la responsabilidad por daños causados en cirugía estética he intentado averiguar desde cuando se practica este tipo de técnica. Para mi sorpresa, he comprobado que unos siglos años antes de Cristo, tanto en el antiguo Egipto como en Mesopotamia, ya se utilizaba la cirugía reconstructiva para mitigar los daños causados por las amputaciones que se practicaba a delincuentes o a los enemigos derrotados (cortes de orejas, nariz, labios, etc.). También se practicaba la cirugía para disimular algunas marcas infamantes como las de la esclavitud que se practicaban con hierros candentes.¹

La cirugía plástica o estética de la que vamos a hablar se popularizó por las estrellas de Hollywood que fueron las primeras en beneficiarse de los conocimientos obtenidos por los cirujanos durante la Gran Guerra. Los primeros planos de las cámaras de cine, en los años veinte del siglo pasado, revelaban cualquier imperfección en la cara de actores y actrices. De ahí que Greta Garbo se enderezara los dientes, Marlene Dietrich se operase la nariz y Rita Hayworth se alzara un par de centímetros la línea de nacimiento del cabello².

El objeto de este trabajo no es de hablar de las bondades de la cirugía estética, sino todo lo contrario de referirnos a las consecuencias negativas de su mala praxis. La importancia de este tipo de cirugía se desprende de las estimaciones de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE) basadas

1 HERRERA, A. "Historia milenaria de la cirugía estética", La Vanguardia 4-12-2019. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-antigua/20191204/472017948936/cirurgia-estetica.html>

2 MELÚS, E.: "El infierno de Rita Hayworth", La Vanguardia, 17 octubre 2018. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20181017/47313057254/infierno-rita-hayworth.html>. Consultado: 28-12-2022.

• Federico Arnau Moya

Profesor Contratado Doctor Derecho civil,
Universitat Jaume I (España).
arnauf@uji.es

en la encuesta *La realidad de la Cirugía Estética en España 2017-2018* que estimó que en nuestro país antes de la pandemia del coronavirus se llegaron a practicar unas 398.350 intervenciones de cirugía estética al año³.

Hay que desterrar la idea preconcebida, de que sólo tienen problemas con este tipo de operaciones las personas con poco poder adquisitivo que no pueden acudir a las prestigiosas clínicas. A título de ejemplo está el caso de la supermodelo canadiense Linda Evangelista que ha estado varios años apartada de las cámaras por los efectos desastrosos sobre su cuerpo por un tratamiento estético de "criolipólisis" que la dejó "permanentemente deformada". Si introducimos esta expresión en Google encontraremos varios sitios web en los que la nota común es que se nos dice que se trata de un procedimiento médico estético, no invasivo e indoloro, que sirve para destruir las células grasas exponiéndolas a muy bajas temperaturas mediante un proceso de succión aplicado sobre la zona afectada. A continuación, se produce la destrucción de la grasa localizada que se va reabsorbiendo y eliminando de manera natural y progresiva, a través del proceso metabólico. Además, se destaca que es un tratamiento sencillo y eficaz sin los inconvenientes de la conocida liposucción⁴. Esta tónica se repite con otros tratamientos estéticos cuyo resultado no sólo se garantiza sino que se anuncian como desprovistos de peligro. De modo que algunas de esas agresivas campañas publicitarias hacen que el paciente-cliente llegue a la clínica estética con el firme convencimiento de someterse a una determinada intervención. Cuestión diferente es que antes de practicar cualquier intervención el médico, tenga que cumplir con la obligación de que el paciente preste el consentimiento informado y tenga que informarle de los riesgos que lleva aparejada la intervención. Sin embargo, a la *top model* el tratamiento le produjo el efecto contrario, y las células grasas en el sitio de tratamiento crecieron en vez de reducirse. Linda Evangelista tuvo que someterse a dos cirugías correctivas, dolorosas y sin éxito, después de que el tratamiento para adelgazar, le provocara el efecto contrario⁵. La actriz ha manifestado a la prensa que la cirugía la dejó "irreconocible" y que por ello, desapareció de la escena pública. La modelo presentó una denuncia contra la empresa matriz de CoolSculpting, Zeltiq Aesthetics Inc, por 50 millones de dólares por daños y perjuicios, alegando que no ha podido trabajar desde que se sometió a siete sesiones de este procedimiento entre agosto de 2015 y febrero de 2016. No hace mucho que la modelo ha anunciado que ha llegado a un acuerdo con la

3 Disponible en: https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2022/08/SECPRE_Encuesta-La-realidad-de-la-Cirugia-Estetica-en-Espana-2017-2018.pdf?x63937. Consultado: 15-12-2022.

4 A título de ejemplo, entre otros muchos: ¿Qué es la criolipólisis y por qué todos quieren hacérsela? Disponible en: <https://sevilla.abc.es/estilo/bulevarsur/noticias/belleza/criolipolisis-grasa-localizada/>

5 Linda Evangelista en 2016 descubrió que "sufría hiperplasia adiposa paradójica, un efecto secundario poco frecuente que afecta a menos del 1% de los pacientes de CoolSculpting, que sucede cuando el proceso de congelación provoca que el tejido graso afectado se engrose y expanda. Este efecto es irreversible". Información disponible en: <https://www.lavanguardia.com/gente/20220216/8062164/linda-evangelista-cuerpo-cirurgia-fotos-pmv.html>. Consultado: 01-11-2023.

empresa responsable. Asimismo, la citada modelo destacó que antes de someterse al tratamiento no fue advertida del riesgo de desarrollar “hiperplasia adiposa paradójica”⁶. Este supuesto que hemos traído a colación es el típico caso en el que el paciente no queda satisfecho con los resultados estéticos de la operación a que se ha sometido. En otros casos, el resultado no solamente no es satisfactorio para la persona intervenida, desde el punto de vista estético, sino que incluso puede haberle provocado graves secuelas como son grandes cicatrices o infecciones o incluso la muerte. En España a principios del año 2022 fue noticia el caso de Sara Gómez que murió al cabo de un mes de someterse a una lipoescultura en una clínica privada⁷.

Entrando ya en el ámbito de lo esencialmente jurídico, es de señalar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante bastantes años se ha mantenido un fuerte pulso jurídico entre los dos corrientes doctrinales: en una primera etapa, que va aproximadamente desde 1950 hasta 2009, existió una corriente jurisprudencial y doctrinal que, sin terminar de ser predominante, consideraba la obligación del cirujano plástico era una obligación de resultado. En el caso de la medicina curativa se estimaba que se trataba una obligación de medios propia del contrato de arrendamiento de servicios. Al mismo tiempo coexistió otra línea jurisprudencial dentro del Tribunal Supremo para la que todas las intervenciones quirúrgicas, con independencia de su carácter de cirugía necesaria o satisfactiva, tenían la condición de obligación de medios propias del contrato de arrendamiento de servicios. En una segunda etapa, se ha impuesto la segunda línea jurisprudencial hasta al punto de considerarse que toda relación jurídico médica que une al facultativo con el paciente tiene la condición de obligación de medios. De modo que se ha instaurado un único régimen jurídico para la medicina curativa y para la satisfactiva. Así pues, en la actualidad, para el Alto Tribunal es indiscutible que la obligación del cirujano plástico es una obligación de medios. Salvo aquellos casos, en los que el facultativo se hubiera comprometido a obtener un determinado resultado.

El triunfo de segunda tesis en apariencia proporciona toda una serie de ventajas que han sido aceptadas prácticamente por mayoría de la doctrina. Así pues, se ha dicho que..... Sin embargo, si se analizan con detalla la mayoría de los fallos de los últimos años el común denominador suele ser que la báscula de la justicia se inclina en favor de médicos, corporaciones estéticas y compañías aseguradoras. Son muy pocos los fallos en los que establece la responsabilidad de todos aquellos.

6 Información disponible en <https://www.diezminutos.es/famosos-corazon/famosos-extranjeros/a39391524/linda-evangelista-secuelas-cirugia-estetica/>

7 Sara de 39 años se sometió en diciembre de 2021 a una cirugía estética de lipoescultura en un centro privado. La paciente falleció por las complicaciones derivadas de la misma, tras permanecer ingresada en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) durante un mes. El fallecimiento, se ha producido como consecuencia de las múltiples perforaciones y lesiones en el riñón, el hígado, el duodeno, el colon y el intestino (Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2022-01-01/fallece-una-mujer-de-39-anos-tras-casi-un-mes-hospitalizada-por-una-cirugia-estetica-en-una-clinica-privada-de-cartagena.html#?rel=mas>. Consultado: 28-09-2022)

Por el contrario, con las sentencias dictadas bajo la anterior corriente la víctima de una mala praxis médica tenía más posibilidades de ver acogidas sus pretensiones. En consecuencia, creo que habría insistir en un replanteamiento de la responsabilidad civil en el caso de las operaciones estéticas, o incluso de la responsabilidad sanitaria en general a los efectos de encontrar una tesis que constituya punto de equilibrio entre planteamientos maximalistas que hagan prácticamente imposible probar que un facultativo ha incurrido en un incumplimiento de la *lex artis* o que se le pueda condenar por cualquier mínimo alejamiento del resultado estético perseguido por el paciente. Así pues, se hace necesario una revisión de ambas tesis a los efectos de encontrar un término medio.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA.

I. Régimen jurídico de la responsabilidad civil médica.

La responsabilidad médico-sanitaria puede tener diferentes caracteres que dependerán de la naturaleza la relación que una al médico o al centro médico con el paciente. Esta puede ser una responsabilidad contractual (ex art. 1101 CC y concordantes) cuando el paciente contrata directamente con su médico y el hecho dañoso se ha producido dentro de la estricta órbita de lo pactado. También puede ser una responsabilidad extracontractual, en aquellos casos en los que el daño se produce al margen de una relación contractual; así sucede cuando el médico no ha contratado con la víctima como es el caso de un médico dependiente de un hospital privado o de una corporación o empresa dedicada a la estética (o incluso dependiente del Insalud). En la responsabilidad aquiliana de tipo médico-sanitaria son de aplicación los arts. 1902 CC (responsabilidad por hecho propio del facultativo) y el art. 1903.4 CC (responsabilidad del centro hospitalario por hecho ajeno)⁸. En ocasiones los tribunales han llegado a aplicar ambos tipos de responsabilidad mediante la denominada teoría de la unidad de la culpa o yuxtaposición de responsabilidades que permite al perjudicado basar su pretensión contra el dañador invocando de manera conjunta la fundamentación de la responsabilidad contractual y extracontractual⁹. Esta teoría aplicable a la zona fronteriza entre ambos tipos de responsabilidad por daños ha encontrado un amplio soporte en la jurisprudencia¹⁰. Asimismo, en materia de responsabilidad

8 PLAZA PENADÉS, J.: "Responsabilidad civil médica y hospitalaria", en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. M. E. CLEMENTE MEORO y M. E. COBAS COBIELLA), Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1015.

9 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "La responsabilidad objetiva", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, 2007, pp.799-820.

10 Las primeras resoluciones sobre "unidad de la culpa civil" son las SSTs 24 marzo y 23 diciembre 1952 (RJ 1952, 1209 y RJ 1952, 2673). En el ámbito médico la STS 26 marzo 2009 (RJ 2009,2803) establece que la teoría de la "unidad de culpa civil [...] encuentra su base en el principio general de que quien causa el daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por el incumplimiento de una obligación preestablecida, que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente [...] como ya se declaró en la STS 31 diciembre 1977 (RJ 1977,9493) cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y

derivada de servicios defectuosos por los centros hospitalarios se ha aplicado la normativa de consumo¹¹: durante un tiempo se aplicó el art. 28 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹². Posteriormente, se ha aplicado su equivalente el vigente art. 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGCU). Existe una importante diferencia entre la aplicación de la normativa de consumo o la del Código civil, puesto que en este último caso hoy en día predomina la tesis de que esa responsabilidad está basada en la culpa mientras que en el caso de la legislación de consumo aquella responsabilidad es objetiva¹³.

La cuestión de la responsabilidad médico-sanitaria, es harto compleja puesto que en ocasiones el paciente perjudicado decide demandar a todo el personal médico que formó parte de su intervención quirúrgica como en el postoperatorio (cirujanos, anestelistas y personal auxiliar), así como al centro médico (privado o público) y a las aseguradoras de todos ellos. En otros casos, se prefiere demandar solamente al centro médico o incluso solamente a la aseguradora de responsabilidad civil ejercitando la acción directa ex art. 76 Ley 50/1980, de 8

extracontractual, y da lugar a decisiones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquellos, todos en favor de la víctima y para lograr el resarcimiento del daño lo más completo posible STS 18 junio 1998 (RJ 1998,5290). Esta tesis ha sido seguida, por las SSTS 23 octubre 2008 (RJ 2008, 5789), 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 251), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), 10 junio 2004 (RJ 2004, 3605), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), 26 septiembre 2000 (RJ 2000, 8126), 8 febrero 2000 (RJ 2000, 840), 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9496), 10 noviembre 1999 (RJ 1999, 8057) 6 mayo 1998 (RJ 1998, 2934), 31 diciembre 1997 (RJ 1997, 9493), 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151), 18 febrero 1997 (RJ 1997, 1240), 27 septiembre 1994 (RJ 1994, 7307), 1 febrero 1994 (RJ 1994, 854), 15 febrero 1993 (RJ 1993, 771), 11 febrero 1993 (RJ 1993, 1457), 6 octubre 1992 (RJ 1992, 7529), 22 febrero 1991 (RJ 1991, 1587), 7 febrero 1990 (RJ 1990, 668), 30 enero 1990 (RJ 1990, 74), 22 junio 1988 (RJ 1988, 5124), 17 junio 1989 (RJ 1989, 4696), 16 diciembre 1986 (RJ 1986, 7447), 19 junio 1984 (RJ 1984, 3250), 18 octubre 1983 (RJ 1983, 5332) y 9 marzo 1983 (RJ 1983, 1463), entre otras.

- 11 PANIZA FULLANA, A.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I. Disponible en: <https://insignis-aranzadidigital-es.eul.proxy.openathens.net/>. Consultado: 6-01-2023.
- 12 El Tribunal Supremo ha intentado por todos los medios impedir que la responsabilidad objetiva se aplique al ámbito de la responsabilidad civil médica. En consecuencia, ha limitado la aplicación del art. 28 LGDCU a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha. La apreciación de una responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento del servicio exige también la concurrencia de un nexo de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el funcionamiento del servicio. En este sentido las SSTS julio 2013 (RJ 2013, 5003), 23 enero 2009 (RJ 2009, 1271), 20 junio 2008 (RJ 2008, 4260), 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 251), 26 abril 2007 (RJ 2007, 3176), 22 mayo 2007 (RJ 2007, 4620), 7 mayo 2007 (RJ 2007, 3553), 5 enero 2007 (RJ 2007, 552), 17 noviembre 2004 (RJ 2004, 7238), 26 marzo 2004 (RJ 2004, 1668), 18 marzo 2004 (RJ 2004, 1823), 5 febrero 2001 (RJ 2001, 541), 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471), 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9752), 3 diciembre 1999 (RJ 1999, 8532), 26 noviembre 1999, 22 noviembre 1999 (RJ 1999, 861824 septiembre (RJ 1999, 7272), 9 junio 1998 (RJ 1998, 3717), 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427)), 21 julio de 1997 (RJ 1997, 5523) y 1 julio 1997 (RJ 1997, 5471).
- 13 PANIZA FULLANA, A.: "La responsabilidad", cit., p. 2. Destaca BASOZABAL ARRUE, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 226, que la jurisprudencia ha sido reacia a que los aspectos relacionados con los servicios sanitarios sean sustraídos al principio de responsabilidad por culpa aun a pesar de que los "servicios sanitarios" aparecen entre los que, de acuerdo con el art. 28 LGDCU, se debía responder objetivamente.

de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS)¹⁴. Finalmente, la cuestión de la responsabilidad médica se completa con el denominado consentimiento informado regulado actualmente por los arts. 3, 4, 8 a 13 de 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 clínica¹⁵. La inexistencia o defecto del consentimiento informado se considera como un incumplimiento de la "lex artis ad hoc" médica¹⁶.

La cirugía estética en sentido estricto, es decir aquella que sólo buscar la mejora del aspecto físico y estético de los pacientes, en España como regla general sólo se practica en el ámbito de la medicina privada. Así se desprende del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En su art. 5º.4 establece que "No se incluirán en la cartera de servicios comunes: a) Aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos: [...] 3.º Que no guarden relación con enfermedad, accidente o malformación congénita. 4.º Que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética [...]. De modo similar en el apartado III del punto 5 del Anexo III se excluyen de la atención especializada "todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita [...]"¹⁷. De acuerdo con lo anterior las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social solo podrá cubrir cirugías reparadoras o reconstructivas que tienen cabida dentro

14 El art. 76 LCS establece que: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar [...]". Según, GALÁN CORTÉS, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2022 (8 ed.), p. 59, cuando se ejercita la acción directa ex art. 76 LCS la jurisdicción competente será la civil incluso cuando se trate de la entidad aseguradora de la Administración.

15 El art. 3 Ley 41/2002 define el consentimiento informado como: "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".

16 En la STS 12 abril 2016 (RJ 2016,1334); se establece que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. En ese mismo sentido se habían pronunciado las SSTS 29 mayo 2003 (RJ 2003, 3916), 23 julio 2003 (RJ 2003, 5462), 21 diciembre 2005 (RJ 2005, 10149), 10 mayo 2006 (RJ 2006, 2399), 15 noviembre 2006 (RJ 2006, 8059), 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667) y 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 18), entre otras.

17 En el Anexo VI Cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica se establece que: "1.2 No constituyen parte de esta prestación los artículos ortoprotésicos destinados a uso deportivo, ni los utilizados con finalidad estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, ni aquellos de los que se realice publicidad dirigida al público en general". Asimismo, se excluyen los implantes quirúrgicos estéticos, en concreto dentro del punto "6.1. Implantes quirúrgicos terapéuticos: RP 0 Prótesis mamarias (No se consideran incluidas cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita). RP 1 Expansores cutáneos (No se consideran incluidos cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita). RP 2 Implantes para cirugía craneo-facial (No se consideran incluidos cuando se utilicen en intervenciones de cirugía estética que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita).

de la medicina curativa¹⁸. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, podrá cubrir, entre otros supuestos, las cirugías mamarias reconstructivas en caso de cáncer o las rinoplastias por problemas respiratorios o malformaciones¹⁹.

En España de la responsabilidad civil médica privada se ha ocupado en exclusiva el orden jurisdiccional civil salvo aquellas cuestiones que pudieran ser constitutivas de delito. En el caso de las reclamaciones frente a la administración pública y/o su compañía aseguradora durante mucho tiempo hubo polémica respecto si la jurisdicción competente era la civil, la social o la contencioso-administrativa²⁰. La jurisprudencia cuando había que decidir entre la vía contencioso-administrativa y la civil se inclinaba por esta última²¹. En la actualidad la competencia es del orden contencioso-administrativo por estimarse que se trata de una cuestión de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas²² derivada de los daños causados por médicos y hospitales adscritos a la sanidad pública²³. La dispersión de acciones finaliza con la asunción de la competencia por el orden contencioso administrativo para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones tuvo lugar como consecuencia de la publicación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa las reclamaciones Públicas²⁴. La responsabilidad patrimonial aparece contemplada

- 18 En este sentido hay que incluir tanto al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), como a las entidades que han venido a sucederle en aquellas Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en materia sanitaria.
- 19 En la STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5003), ponente Sr. Seijas Quintana, se estima la improcedencia responsabilidad civil en una intervención quirúrgica de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. En ese caso se dice que la finalidad de la intervención no sólo es satisfactoria sino también reparatoria.
- 20 GALÁN CORTÉS, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, cit., pp. 56-57.
- 21 En la STS 18 febrero 1997 (RJ 1997,1240) que recae sobre hechos ocurridos en el año 1983 cuando todavía esta vigente la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1967, se establece la preferencia de la vía civil sobre la contencioso-administrativa cuando la Administración actúa en el marco de una relación privada. Se aplica el principio de la "vis atractiva" de la jurisdicción civil y al principio de economía procesal para evitar la denominada "peregrinación de jurisdicciones". Esta tesis se mantuvo, en muchas ocasiones fuera del ámbito sanitario, por las SSTS 3 marzo 1973 (RJ 1973, 898), 1 julio 1986 (RJ 1986), 31 marzo 1987 (RJ 1987, 1842), 5 mayo y 21 septiembre 1988 (RJ 1988, 4016 y RJ 1988, 6847), 7 abril 1989 (RJ 1989, 2997) 30 enero 1990 (RJ 1990, 74), 28 marzo 1990 (RJ 1990,1734), 30 julio 1991 (RJ 1991, 5435), 15 marzo 1993 (RJ 1993, 2276), 12 septiembre 1993 (RJ 1993, 6650), 31 octubre 1995 (RJ 1995, 7654), 3 septiembre 1996 (RJ 1996, 6501), 21 marzo 1997 (RJ 1997, 2186), 13 octubre 1998 (RJ 1998, 8373), 13 julio 1999 (RJ 1999, 5046), 31 diciembre 1999 (RJ 1999, 9150), 26 febrero 2000 (RJ 2000, 1248), 12 junio 2000 (RJ 2000,5101), 29 junio 2000 (RJ 2000, 5916), 21 octubre 2000, 5101), 23 octubre 2000 (RJ 2000, 9197), 18 diciembre 2000 (RJ 2000, 10124), 17 enero 2001 (RJ 2001,509), 7 marzo 2001 (RJ 2001, 3974), 26 marzo de 2001 (RJ 2001, 4764), 11 junio 2001 (RJ 2001, 5674), 19 noviembre 2001 (RJ 2001, 9482), 14 diciembre 2001 (RJ 2001,9358), 7 marzo 2002 (RJ 2002, 4151), 21 octubre 2002 (RJ 2002, 8770), 2 diciembre 2002 (RJ 2002,10419), 31 enero 2003 (RJ 2003, 854), 20 febrero 2003 (RJ 2003, 1179), 29 abril 2003 (RJ 2003, 3041), 30 abril 2003 (RJ 2003, 3739), 22 julio 2004 (RJ 2004,4693), 23 septiembre 2004 (RJ 2004, 5578), 23 mayo 2006 (RJ 2006, 3535), 8 febrero 2007 (RJ 2007, 561), 8 marzo 2007 (RJ 2007,1525), 8 mayo 2007 (RJ 2007, 3560).
- 22 En la actualidad la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones pública en los arts. 32 y ss.
- 23 Señala PLAZA PENADÉS, J.: "Responsabilidad", cit. p. 1016, que con esta reforma el usuario de la sanidad pública en adelante se encuentra desprovisto de la protección tuitiva propia de la legislación de consumo.
- 24 En su art. 2.e) se establecía que: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social". En la actualidad, tras la reforma

en el art. 106.2 de la Constitución Española (en adelante CE)²⁵. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP) regula la responsabilidad patrimonial de la Administración pública diseñada en la ley como una responsabilidad general y directa que entra en juego siempre que se cumplan los requisitos que exige esa norma en sus arts. 32 y ss. Por otro lado, el procedimiento a seguir es el previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPAC). En nuestro trabajo, nos ceñiremos al ámbito civil por cuanto que este es el ámbito en el que se sustanciarán las reclamaciones por daños de cirugía estética cuando esta se refiere únicamente a medicina satisfactiva y no curativa. Este tipo de intervenciones como ya hemos señalado sólo se pueden realizar en centros privados.

2. Medicina satisfactiva y medicina asistencial.

La doctrina ha venido distinguiendo dos clases de medicina²⁶: en primer lugar, está la curativa, también denominada necesaria, terapéutica o asistencial cuya finalidad es la de sanar al paciente cuyo cuerpo está afectado por una patología. En este supuesto cabría incardinar una operación de reconstrucción mamaria cuando el pecho que ha sido extirpado como consecuencia de un cáncer (mastectomía)²⁷. En segundo lugar, se encuentra la denominada medicina voluntaria o satisfactiva es la que se practica sobre un organismo sano para mejorar su aspecto estético, como las operaciones de aumento de pecho por motivos estéticos (mamoplastia), o para anular su capacidad reproductora. En el caso de los tratamientos de fertilidad se considera que son supuestos de medicina curativa²⁸.

de este apartado por el apartado uno de la disposición adicional decimocuarta de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se le ha añadido un inciso final en el que se dice "aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad". Asimismo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 9.4 II se establece la competencia del orden contencioso-administrativo en el caso de "las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva". En el apartado III se establece que: "También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

25 Establece el art. 106.2 CE "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

26 GALÁN CORTÉS, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, cit., pp. 56-57.

27 Este es el caso contemplado por la STS 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), ponente Sr. Seijas Quintana, en el que se condena a una clínica por una operación de reconstrucción mamaria tras una operación de un tumor. Se estima que concurre mala praxis médica.

28 Así se pronuncia la STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010,138), ponente Sr. Seijas Quintana, en un caso de en un tratamiento de fertilidad mediante inseminación artificial se produce infarto isquémico (ictus cerebral). No existe responsabilidad médica porque no se ha probado que el ictus fuera causado por un síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO). Por el contrario, en la STS 23 octubre 2008 (RJ 2008,5789), ponente Sr. Corbal Fernández, en un caso de fecundación in vitro se produce el fallecimiento de la madre al producirse

La cirugía estética es una subespecie de la medicina voluntaria puesto que no tiene por objeto diagnosticar, ni prevenir enfermedades ni paliar sus efectos o enmendar sus resultados, sino que se únicamente se ocupa de la mejoría estética de las personas. De modo que trata todo tipo de defectos estéticos corporales, aplicando técnicas para mejorar la estética y la belleza. Los pacientes buscan una mejora de la apariencia, simetría y las proporciones de algunas partes de su cuerpo²⁹. Las operaciones en este ámbito, en muchas ocasiones responden a modas, gustos y consideraciones personales. En España hoy en día esta cirugía, como ya se ha señalado, solo puede practicarse en ámbito de la medicina privada salvo cuando tenga una finalidad curativa, lo que supone que el defecto que se trata de corregir ha de tener su origen en una patología previa o accidente, en cuyo caso podrá ser atendida por la sanidad pública.

La distinción entre medicina curativa y satisfactiva hasta finales de la primera década de este siglo ha tenido una importante función, puesto que existía cierto consenso en la doctrina y la jurisprudencia en aplicar un distinto régimen jurídico a ambos tipos de medicina. En el caso de la medicina satisfactiva se estimaba que le era de aplicación el régimen de las obligaciones de resultado mientras que en el caso de la medicina curativa se aplicaba el de las obligaciones de medios propias del contrato de arrendamiento de servicios³⁰. A partir de mediados de la citada década en el Tribunal Supremo termina imponiéndose la línea jurisprudencial que estima que la relación jurídica que une a médico y paciente es en todo caso una obligación de medios propia del arrendamiento de servicios y que no se garantiza resultado alguno salvo que este se pacte expresamente³¹. En

durante el embarazo una eclampsia asociada a un "síndrome de Hellp. En este caso aun a pesar de que sí que se reconoce que la aplicación de la técnica de la fecundación "in vitro" si que se trata de un supuesto de medicina satisfactiva. No obstante, como los daños se producen durante el embarazo se aplica el régimen de la medicina curativa.

- 29 Definición proporcionada por la Sociedad Española de Cirugía Estética (SECE). Disponible en: <https://www.sece.org/cirurgia-estetica.php>. Consultado: 3-01-2023.
- 30 En la STS de 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218) ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, vasectomía y concepción de hijo. La operación de vasectomía es un contrato de arrendamiento de obra. No se estima la responsabilidad médica porque no se ha aportado prueba que determine la paternidad del hijo que ha tenido la esposa. No obstante la resolución adversa par el demandante se establece que "en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (SST 21 de marzo 1950 (RJ 1950, 394), 28 junio 1997 (RJ 1997,5151) y 22 de julio de 2003 (RJ 2003, 5391) de ahí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una 'cirugía asistencial' que identificaría la prestación del profesional con la 'locatio operarum' y una 'cirugía satisfactiva' (operaciones de cirugía estética como la presente) que identifican aquella con la 'locatio operis', esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (STS de 11 mayo 2001 (RJ 2001, 6197), 14 noviembre 1996 y 25 abril 1994 (RJ 1994,3073)), añadiendo la STS 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940) que esta distinción tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, pues en lo que aquí importa, la relación contractual médico-paciente al derivar de contrato de obra, por el que una parte - el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra, la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado y en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso surge la responsabilidad del facultativo.
- 31 La nueva línea jurisprudencial se inicia con las En la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005,8547), ponente Sr. Corbal Fernández tratamiento dermoabrasador por láser para desaparecer unas pequeñas cicatrices y aparición de queloides se estima que no concurre responsabilidad médica. Con una justificación un tanto contradictoria se dice que la medicina satisfactiva se aproxima al contrato de obra, pero no garantiza el resultado. En la

consecuencia, se unifica el régimen jurídico de la responsabilidad civil médica. La principal consecuencia a partir del asentamiento de esta línea jurisprudencial ha sido que la práctica mayor de demandas por responsabilidad médica en casos de cirugía estética han sido sistemáticamente desestimadas por el Tribunal Supremo. En ocasiones se ha dicho que la jurisprudencia se inclina por una línea defensora a ultranza de la víctima³²; sin embargo, en materia de responsabilidad civil por daños causados en cirugía estética la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se inclina por una protección a ultranza del agente causante del daño. Por este motivo, estimamos que es necesario revisar esta línea e intentar encontrar una solución intermedia entre las soluciones objetivas que puedan suponer una judicialización de la actividad médica y la línea actual que hace muy difícil probar la mala praxis médica.

3. Obligaciones de medios y de resultados.

La búsqueda de una solución intermedia requiere que se revise cuanto ya se ha dicho sobre esta materia. Así pues, empezaremos por la tradicional distinción entre obligaciones de medios y resultado, puesto que como ya hemos avanzado, durante bastantes años se consideró que las obligaciones de los cirujanos estéticos -así como la de cualquier intervención propia de la medicina satisfactiva- eran de resultado mientras que la regla general era que la obligación contractual o extracontractual contractual de los médicos era una obligación de medios. En la doctrina se ha mantenido que la distinción entre obligaciones de medios y resultados solo es posible dentro de las obligaciones de hacer. De modo que la *obligación de medios* es la que tiene por objeto una actividad diligente por parte del deudor, mientras que la *obligación de resultado* es aquella en la que el deudor se compromete a alcanzarlo³³. Trasladando lo anterior al estricto campo de la medicina en general, cuando la obligación del facultativo ha sido calificada como de medios supone que éste cumple con aquella procurando sanar a su paciente. Sin embargo, durante bastante tiempo en la jurisprudencia hubo una poderosa línea doctrinal que estimaba que en el caso de la medicina satisfactiva se trataba de una obligación de resultado puesto que la relación jurídica que unía al médico

STS 4 octubre 2006 (RJ 2006.6428), ponente Sr. Seijas Quintana, se estima la responsabilidad del cirujano en un implante capilar artificial que produce graves secuelas porque se había garantizado el resultado. No obstante, ya se señala que no cabría deducir que se garantiza el resultado por el hecho de encontrarnos ante un supuesto de cirugía estética.

32 DIEZ-PICAZO L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II, (Tomo 2), Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11 ed., Tecnos Madrid, 2015, p. 321

33 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios). consideraciones críticas", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 36, 2015, p. 4. Para este autor ejemplos clásicos de la obligación de medios la podemos encontrar dentro del contrato de arrendamiento de servicios cuando el abogado sólo está obligado a asesorar y defender a su cliente en juicio, o la del mandatario que ha de cumplir con el encargo del mandante. Por el contrario, fuera del campo médico la obligación de resultado por excelencia es la del contratista que tiene lugar en el contrato arrendamiento de obra.

con el paciente era la de un contrato de obra³⁴. Asimismo, hubo un *tertium genus* una tercera categoría intermedia para la que los contratos propios de la medicina satisfactiva eran contratos de arrendamiento, pero aproximados al de obra³⁵. Finalmente, en algunos casos se ha reconocido que una misma intervención quirúrgica puede la doble condición de obligación de resultado y de medios. En este supuesto tendrían encaje la rinoplastia para reconstruir una nariz rota en un accidente, las operaciones estéticas a grandes quemados, etc., supuestos todos estos que sí que tendrían acceso a la sanidad pública³⁶.

No obstante, como ya hemos avanzado esta línea jurisprudencial ha sido superada por aquella que entiende que la obligación médica, incluida la cirugía estética es siempre de medios³⁷.

En la doctrina se estima que -con carácter general- por naturaleza no existen obligaciones de medios u obligaciones de resultado, sino que el objeto de la prestación está determinado por la voluntad de las partes, tanto si esta ha sido manifestada de forma expresa en el contrato o si esta ha sido incorporada tácitamente en su causa³⁸. Por lo tanto, serán las partes las que mediante su voluntad podrán transformar una obligación de medios, como es hoy en día la del cirujano plástico, en una obligación de resultado. Este es el caso que tiene lugar cuando el cirujano estético garantiza a un cliente la consecución de un determinado resultado como por ejemplo en una rinoplastia lograr una nariz como la que tiene un conocido actor. Así ha sido admitido por el Tribunal Supremo al considerar que

34 SSTS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394), 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8964), 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), 2 noviembre 1999 (RJ 1999,7998), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), y 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218).

35 SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073), 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), 28 junio 1997 (RJ 1997, 5151), 24 septiembre 1999 (RJ 1999,7272), 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391), 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045).

36 Este es el caso de la STS 22 junio 2004 (RJ 2004, 3958) ponente Sr. Marín Castán, en la que se considera que una operación de cirugía estética es a su vez es medicina necesaria porque se trata reducción de mama para remediar dolores de espalda e inicial osteoporosis. Se estima que “si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, participando entonces la prestación médica de un doble carácter de obligación de medios y de resultado”. Se condena al médico por las secuelas provocadas ya que era patente “un resultado verdaderamente catastrófico”, así como por la falta de consentimiento informado. De esta misma naturaleza podría participar, aunque nada se diga en la STS 11 abril 2002 (RJ 2002,3288), ponente Sr.Marín Castán, en la que se practica una intervención quirúrgica corregir desvío de tabique nasal. En este caso la operación al participar de la doble condición de medicina curativa y satisfactiva sí que puede practicarse en un hospital del Insalud.

37 Esta línea jurisprudencial está conformada por las SSTS 21 octubre 2005 (RJ 2005,8547), 4 octubre 2006 (RJ 2006,6428), 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667), 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), 30 junio 2009 (RJ 2009, 6460), 20 noviembre 2009 (RJ 2010,138), 27 septiembre 2010, (RJ 2010, 5155), 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), 19 julio 2013 (RJ 2013, 5004), 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), 13 abril 2016 (RJ 2016, 1495), 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), 15 febrero 2017 (RJ 2017, 583) y 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665). De manera incorrecta el propio TS, como sucede con la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), cita como parte de esta línea jurisprudencial a las SSTS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) y 11 febrero 1997 (RJ 1997,9409) ambas relativas a sendas operaciones de vasectomía y en ambas se estima que el contrato se aproxima al de obra. En el mismo error se incurre con la STS 7 abril 2004 (RJ 2004, 2608) que también se refiere a un supuesto de vasectomía, pero en la que a diferencia de las anteriores el Alto Tribunal guarda un absoluto silencio respecto a la naturaleza jurídica del contrato que une al cirujano con el paciente en ese tipo de intervenciones.

38 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La responsabilidad”, cit., pp. 201 y 202.

la obligación de medios del cirujano plástico se transforma en una obligación de resultado cuando el paciente ha sido inducido a error por una agresiva campaña publicitaria³⁹.

4. La incidencia de la distinción en el juicio de cumplimiento.

La diferente calificación de una obligación como de medios o como de resultado provoca distintos efectos en el *juicio de cumplimiento*:

En las *obligaciones de medios* habrá incumplimiento cuando el médico -el deudor de la prestación- ejecute su prestación de manera negligente o culpable, lo que tiene lugar cuando no se ha ajustado al parámetro de la diligencia regular o media o a las reglas propias de su arte u oficio la denominada "lex artis ad hoc"⁴⁰. Por el contrario, si el médico obró con la diligencia debida habrá cumplido la prestación objeto del contrato; aún a pesar de que no se haya alcanzado el propósito práctico para el que el acreedor celebró el contrato (conseguir un resultado satisfactorio en una operación de cirugía o el de curar una enfermedad). En las obligaciones de medios el resultado es aleatorio. En este tipo de obligaciones recae sobre el acreedor la carga de la prueba que el incumplimiento ha sido debido a la falta de diligencia del deudor, el cirujano estético. En el tema de la carga de la prueba es donde el paciente de cirugía plástica va a encontrarse ante un muro que es prácticamente imposible de franquear. La demostración de que el facultativo ha incumplido la *lex artis* se convierte en una *probatio diabólica* para el demandante puesto que se requieren conocimientos técnicos para poder determinar en que punto concreto de una operación se ha actuado negligentemente; además en ocasiones los médicos o incluso los centros hospitalarios no contribuyen a facilitar las pruebas que el demandado solicita. La facilidad probatoria está en manos de los sanitarios⁴¹.

39 En la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2006,6428), ponente Sr. Seijas Quintana, se condena a los cirujanos y al centro sanitario por los graves daños, físicos y morales, causados en un trasplante capilar, por existir "un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética -(STS 21 de octubre 2005 [RJ 2005, 8547]-), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad". En este caso además se incumplió el deber de prestar el consentimiento informado al haber silenciado alguno de los riesgos excepcionales. En la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045) el cirujano se comprometió a obtener un resultado en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pueden realizar los implantes dentarios que perdió en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento.

40 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 8 y 9.

41 El propio TS ha reconocido en ocasiones la dificultad que tiene el paciente de poder demostrar los hechos constitutivos de su demanda. Es paradigmático el caso de la STS 12 diciembre 1998 (RJ 1998 9431), ponente

En las *obligaciones de resultado* habrá incumplimiento cuando no se alcance el resultado previsto por ambas partes al concluir el negocio. Puesto que, en este tipo de obligaciones, lo determinante es que se alcance el resultado pactado, siendo es indiferente que el deudor haya ejecutado el contrato con la máxima diligencia que le es exigible por la *lex artis ad hoc*. Las partes mediante acuerdo han integrado el resultado en la causa del contrato de modo que lo han convertido en el objeto de la prestación debida⁴². Así pues, en el ejemplo que hemos propuesto cuando en una operación de rinoplastia no se logre el resultado pactado, una nariz similar a la de una estrella de cine, habrá incumplimiento⁴³. No obstante, en la vigente doctrina del Tribunal Supremo, esto sólo es posible en el caso en que las partes hubieran pactado, expresa o tácitamente la consecución de un determinado propósito. La ventaja para el paciente es que en este tipo de obligaciones, le corresponde al deudor, el médico, la carga de la prueba del incumplimiento. Tiene que probar que la no consecución del resultado, el embellecimiento que el/la clienta pensaba que iba a tener, ha sido debido a una causa que no le es imputable: culpa exclusiva de la víctima; fuerza mayor o caso fortuito, o que el daño ha sido causado por un tercero fuera de su esfera de actuación.

5. La incidencia de la distinción en el juicio de responsabilidad.

En las *obligaciones de medios*, al ser definidas como obligaciones de diligencia, la responsabilidad del deudor solo surgirá cuando se pruebe que el daño se ha producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado. Si no hay una infracción de la *lex artis* no habrá responsabilidad aun a pesar de que se hayan producido daños. En consecuencia, debe de existir un nexo de causalidad

Villagómez Rodil, que se refiere a una operación de extirpación de quiste maxilar la anestesia provoca la tetraplejía absoluta de la paciente. sometida a un estado de vida vegetativa de carácter permanente e irreversible. Se establece responsabilidad del anestesista por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado y se le condena, junto con su aseguradora al pago de una indemnización de 5 millones de pesetas por lucro cesante y 76.15.722 por gastos asistenciales. En este caso se dice que: "Resulta sabido, por ser notorio del conocimiento popular, lo difícil que es en estos casos para los litigantes el precisar las actuaciones médicas y las sanitarias que, por negligentes o defectuosas, atentan y dañan la salud de las personas, así como aportar las pruebas corroboradoras necesarias, ante la pasividad unas veces y otras la falta de colaboración y hasta oposición sostenida y conciliada de médicos, sanitarios y centros asistenciales, y es la actividad probatoria llevada a cabo con las debidas garantías legales-procesales la que los determina". La STS 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7548) estima que la carga de la prueba debe de excepcionarse en dos casos: "es claro que esa doctrina sobre la carga de la prueba, se reitera, se excepciona en dos supuestos, amén de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado : 1.º)..., y 2.º) en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las Sentencias de 29 julio 1994 (RJ 1994,6937), 2 diciembre 1996 (RJ 1996,8938) y 21 julio 1997 (RJ 1997,5523)" (Sentencia de 19 febrero 1998 [RJ 1998,634])". En parecidos términos la STS 11 mayo 2002 ((RJ 2001,6197).

42 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 8 y 9.

43 En la STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, se establece que el tratamiento odontológico para saneamiento de obra con colocación de prótesis es un contrato de obra con obligación de resultado. El incumplimiento de la obligación de resultado "que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, "id quod interest" que comprende la indemnización de los daños materiales".

entre la falta de diligencia y el resultado dañoso. Este es el motivo por el que en muchas ocasiones en las que se han provocado graves daños al paciente el médico o el centro hospitalario son absueltos, puesto que el actor no ha logrado probar la negligencia del médico. No hay que olvidar que la carga de la prueba de la negligencia en las obligaciones de medios le corresponde al actor.

La cuestión es harto diferente en las *obligaciones de resultado*, donde la doctrina no diferencia entre el *juicio del cumplimiento* y el *juicio de responsabilidad* ⁴⁴. En este tipo de obligaciones el incumplimiento es independiente del grado de diligencia desplegado por el deudor al ejecutar la prestación, puesto que lo determinante es que se alcance el resultado previsto. De modo que cuando no se consigue el citado resultado, por ejemplo, se han causado cicatrices antiestéticas en una mamoplastia, no se satisface el interés del acreedor, el paciente, de modo que se ha incumplido la obligación. En la obligación de resultado se presume la culpa de deudor, si bien esta presunción admite prueba en contrario, de modo que el médico quedará exonerado si prueba que los daños se produjeron por culpa exclusiva del paciente (cuando no sigue el tratamiento en la fase del postoperatorio), en el caso de concurrir caso fortuito o fuerza mayor (terremoto que tiene lugar durante el mismo acto de la intervención quirúrgica) o cuando los daños se producen fuera de la esfera de actuación del cirujano (infecciones que se producen en el postoperatorio por negligencia del centro hospitalario). Este fue el caso de la STS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394) en la que un caso de operación de cirugía estética establece que, si bien no se consiguió el embellecimiento perseguido, sin embargo, fue debido a una infección no atribuible a los médicos. Así pues, el contrato quedó incumplido por un suceso no imputable a los demandados. Es de destacar que en esta sentencia se estima que ese contrato médico de cirugía estética tiene más de “aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios”

En cualquier caso, la presunción de culpa se ajusta a la obligación de resultado, en aquellos casos en los que el deudor, voluntariamente, ha integrado su consecución en el objeto del contrato. En esos supuestos, hay que presuponer que si el médico se compromete a obtener un resultado es porque está convencido de que puede alcanzarlo. De ahí que en la doctrina se haya considerado lógico que le corresponda a él la prueba de que el daño no fue causado por su negligencia⁴⁵.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

I. Equiparación de la operación de cirugía estética al contrato de obra.

En una etapa comprendida entre las SSTS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394) y la 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218) se ha estimado que en aquellos casos en los

⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La responsabilidad”, cit., p. 9.

⁴⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La responsabilidad”, cit., p. 4.

que la medicina tiene carácter voluntario, como sucede en los casos de la cirugía estética, odontológica, vasectomía, etc., se considera que existe entre las partes un contrato de obra con obligación de resultado. A partir de la última sentencia citada esta línea jurisprudencial desaparece al imponerse la tesis unificadora que establece el mismo régimen jurídico de la medicina curativa a la medicina voluntaria. En adelante la única relación jurídica contractual que unirá a médicos y pacientes será la del contrato de arrendamiento de servicios y la obligación de medios.

En una primera etapa que se inicia con la citada STS 21 marzo 1950 (RJ 1950,394), ponente Sr. Charrín y Martín Veña, se estima que la obligación del cirujano estético es de resultado participando de los caracteres del arrendamiento de obra. En el texto de la sentencia no se facilita la información suficiente para saber que concreta intervención quirúrgica se le practicó a la paciente. Únicamente se establece que fue un auténtico fracaso, como se deduce de la referencia de que ha surgido “una fealdad mayor que la intentada corregir”. El mérito de la resolución estriba en ser la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo reconoce que la obligación del cirujano estético es una obligación de resultado derivada de un contrato de obra. No obstante, en esa resolución no se estima la responsabilidad de los médicos de la fallida operación porque la infección que determina del fracaso de la operación tiene lugar en la fase del postoperatorio, en la que aquellos profesionales ya no intervinieron. Así pues, no existe nexo causal directo entre el daño causado y la intervención quirúrgica. En esta sentencia se establece que “en primer lugar, los cirujanos demandados incumplieron el contrato que concertaron con la operada recurrente, y el segundo que aquéllos incidieron en culpa civil en los dos aspectos contractual y extracontractual, porque el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios y no dio el fin de embellecimiento que se perseguía”. Pero a continuación, se produce un giro argumental exculpatario de los médicos al decir “[...] que la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido, fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica, que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados”. La sentencia reconoce la existencia de fuerza mayor ex art. 1105 CC al decir que “si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto la responsabilidad ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este supuesto no es imputable a los médicos”.

A partir de esta sentencia cabe deducir dos ideas: en primer lugar, la calificación de la obligación del cirujano plástico como una obligación de resultado; y, en segundo lugar, la neta distinción entre el *juicio de cumplimiento* y el *juicio de responsabilidad*: se reconoce el incumplimiento de la obligación, por no haberse alcanzado el resultado esperado, pero se deja perfectamente claro que el mero incumplimiento no genera responsabilidad, sino va acompañado de la culpa del deudor, lo que no sucedió en el caso concreto, ya que la falta de cumplimiento de la obligación fue debida a “una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados”, suceso que, por lo tanto, no les era imputable⁴⁶. Se trata de pues de daños que se han originado fuera de la esfera de actuación de los cirujanos.

La doctrina expuesta por la citada sentencia ha sido seguida por otras posteriores. En todas ellas se califica la obligación de los facultativos que intervienen en operaciones de medicina satisfactiva como de resultado inserta en un arrendamiento de obra. Como ya hemos adelantado dentro de este tipo de medicina no sólo se incluye a la cirugía estética, sino también a la odontología⁴⁷, los tratamientos de infertilidad como las vasectomías⁴⁸, ligaduras de trompas, y colocación de dispositivos intrauterinos⁴⁹, también se ha llegado a considerar como satisfactiva la oftalmología⁵⁰. No obstante, en este último caso nos parece que esta especialidad por general más bien tiene la condición de curativa, como sucede con las operaciones de cataratas y, salvo supuestos como el de los implantes de lentillas para cambiar el color de los ojos, difícilmente puede considerarse como medicina voluntaria.

En el caso contemplado por la STS 2 diciembre 1997 (RJ 1997, 8964), ponente Sr. O’Callaghan Muñoz, se trata de una operación de cirugía satisfactiva como es la de alargamiento de piernas para tener una mayor altura, se producen graves secuelas que dificultan la capacidad ambulatoria de la paciente. En este caso, con cita de otras sentencias, se estima que “el tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa, sino se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, no de actividad”. En la sentencia se resalta que no sólo no se consiguió el resultado sino que además se produjo un daño. Se señala que “no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; por el contrario, sí se ha probado que el nexo causal y la culpa se hallan en la misma. El resultado dañoso en

46 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La responsabilidad”, cit., p. 9.

47 Se refieren a tratamientos dentales las SSTS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), 26 marzo 2004 (RJ 2004, 1668), 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651) y 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649).

48 Tienen por objeto operaciones de vasectomía las SSTS STS 31 enero 1996 (RJ 1996, 546), 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), 23 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4667) y 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 17).

49 La STS 24 septiembre de 1999 (RJ 1999,7272) se refiere a la colocación de dispositivo intrauterino (DIU) defectuoso.

50 oftalmología (sentencia de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998)

estos supuestos de medicina voluntaria, con obligación de resultado, hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa (nexo causal) del mismo". Así pues, en este caso no sólo no se condena por no haber conseguido el resultado previsto sino por la concurrencia de culpa como consecuencia de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado⁵¹. Se establece una indemnización de 10 millones de pts. En este caso no se demanda al cirujano sino únicamente al centro médico en el que se realizó la operación y al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) por la vía de responsabilidad extracontractual ex arts. 1902 y 1903.4 CC.

En el caso de la STS 28 junio 1999 (RJ 1999, 4894), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, el paciente contrata un tratamiento dental en el que hay que efectuar una intervención general con anestesia general y colocación de prótesis. Si bien no se explicita en que consistieron los daños sí que se indica que fueron graves puesto que se ha necesitado un doloroso tratamiento de nueve años hasta que la boca ha sido rehabilitada. La relación jurídica que une al paciente con el odontólogo ha sido calificado como "contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra. Se matiza que si bien la relación contractual entre médico y paciente deriva de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología". En la sentencia se aprecia el incumplimiento de la obligación de resultado "que había contraído el

51 A la doctrina del daño desproporcionado se refieren multitud de sentencias pero merece especial atención la definición que se recoge en la STS 23 mayo 2007 (RJ 2007,3273), ponente Sr. Montés Penadés, se trata de un caso en el que una intervención quirúrgica de corrección del tabique nasal bajo anestesia, produce la muerte por hipoxia del paciente. Se condena únicamente al hospital al pago de una indemnización de 10 millones de pts. Se dice que esa "adapta la tesis de la 'faute virtuelle' de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la 'prueba aparente' de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños. La doctrina del daño desproporcionado ha sido contemplada en las SSTs 6 junio 2014 (RJ 2014,3395), 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5004), 27 de diciembre 2011 (RJ 2012, 166), 30 de junio 2009 (RJ 2009, 6460), 14 mayo 2008 (RJ 2008,3071), 23 de mayo 2007 (RJ 2007, 3273), 30 abril 2007, 16 abril 2007 (RJ 2007, 4332), 2 abril 2004 (RJ 2004, 2607) (no medicina),), 8 mayo 2003 (RJ 2003, 3890), 15 septiembre 2003 (RJ 2003,6418), 2 julio 2003 (RJ 2003, 5806), 31 enero 2003 (RJ 2003, 646), 30 enero 2003 (RJ 2003, 931), 23 diciembre 2002 (RJ 2003,914), 18 diciembre 2002 (RJ 2003, 47), 29 noviembre 2002 (RJ 2002, 10404), 31 julio 2002 (RJ 2002,7741), 17 mayo 2002 (RJ 2002, 6748), 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), 14 mayo 2001 (RJ 2001,6204), STS 21 diciembre 1999 (RJ 19998 9474), 9 diciembre 1999 (RJ 1999, 8173), 29 junio 1999 (RJ 1999,4895), 12 diciembre 1998 (RJ 1998, 9431), 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 9427), 8 septiembre 1998 (RJ 1998,7548), 22 mayo 1998 (RJ 1998,3991),19 febrero 1998 (RJ 1998, 634), 13 diciembre 1997 (RJ 1997, 8816), 21 julio 1997 (RJ 1997, 5523), 18 febrero 1997 (RJ 1997,1240), 2 diciembre 1996 (RJ 1996, 8938), 6 julio 1995 (RJ 1995, 6604), 29 julio 1994 (RJ 1994, 6937),15 febrero 1993 (RJ 1993, 771), 23 febrero 1993, 12 febrero 1990 (RJ 1990, 677), daño desproporcionado implícito STS 12 julio 1988 (RJ 1998, 5991), daño desproporcionado implícito STS 16 diciembre 1987 (RJ 1997, 9511).

médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, "id quod interest" que comprende la indemnización de los daños materiales". En esta sentencia la condena se basa únicamente en el incumplimiento de la obligación de resultado.

En el caso contemplado por la STS 2 noviembre 1999 (RJ 1999,7998), ponente Sr. Villagómez Rodil, tiene lugar la operación de cataratas y la pérdida de visión de ojo derecho por desprendimiento de retina. Se establece la responsabilidad médico oftalmólogo y contractual de la compañía aseguradora de la asistencia sanitaria del paciente. En cuanto al primero porque la operación no era adecuada y estaba contraindicada a la situación del paciente, dados los antecedentes del mismo, ya que conocía suficientemente su historial oftalmológico y, a su vez, no actuó con la diligencia requerida en el postoperatorio, al producirse desprendimiento de retina con la desgraciada consecuencia de ocasionarle pérdida de la visión del ojo derecho. Es de destacar que la sentencia incide en como la aseguradora intervino autorizando y recomendando la realización de la intervención quirúrgica por oftalmólogo perteneciente a su cuadro médico omitiendo la intervención de un superespecialista en retina. En esta sentencia se pone de manifiesto en como como la publicidad influye en la medicina voluntaria a la hora de elegir una compañía de asistencia médica⁵². Así pues, queda implícita en la misma la condición de cliente del paciente.

En el caso de la STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2711), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, se trata de una operación estética maxilofacial en la que no se consigue el resultado esperado tras dos operaciones fallidas. Incluso tras la segunda intervención, en la que se pretendía corregir los defectos de la primera, al infectarse los injertos, dio lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención. Finalmente, la paciente tiene que operarse tres veces en Estados Unidos quedándole igualmente secuelas. El Tribunal Supremo corrige al tribunal de instancia que había calificado la relación contractual como de arrendamiento de servicios que se aproxima al de obra al decir que "es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización

52 En las SSTs 4 noviembre 2010 (RJ 2010,7988) y 2 noviembre 1999 (RJ 1999, 7998) se utiliza esta sentencia como ejemplo de la "responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS 2 de noviembre 1999 (RJ 1999, 7998)". Se justifica lo anterior en que la sentencia a la que se refieren reconoce que "el seguro se contrató en atención a la 'garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía', con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial", y también en la STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066), en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo)".

de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso". Así mismo, resulta de interés el tratamiento que se realiza respecto de la carga de la prueba cuando dice que " en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el mal resultado ha sido por causa de la actividad médica". En consecuencia, a todo lo anterior se estima la responsabilidad del cirujano que es condenado a pagar una indemnización de 11.572.159 pts.

La última sentencia de esta línea jurisprudencial es la STS 29 octubre 2004 (RJ 2004, 7218), ponente Sr. O'Callaghan Muñoz, dictada en otro caso de vasectomía y concepción de un hijo por la esposa del demandante. De la operación de vasectomía se dice es un contrato de arrendamiento de obra. Estima que dentro del campo de la cirugía se puede distinguir jurídicamente entre "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con la "locatio operarum" y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquella con la "locatio operis", esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso. No obstante, en el caso enjuiciado no se estima la responsabilidad médica porque "la acción de indemnización por razón del fracaso del resultado de la intervención de vasectomía, tan sólo puede prosperar si se ha acreditado que el paciente es el padre del fruto del embarazo".

A partir de la anterior sentencia, ya no se volverá a dictar ninguna otra en la que directamente se reconozca que las operaciones de cirugía voluntaria estén incardinadas en el contrato de arrendamiento de obra. Únicamente, en dos sentencias, y como obiter dicta se establece -aunque no se aplica que "la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato -tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía". Este es el caso de las SSTS 23 marzo de 2006 (RJ 2006, 1823), 26 julio 2006 (RJ 2006, 6127) y 4 octubre 2007 (RJ 2007, 5352).

2. La cirugía estética es un contrato de arrendamientos de servicios aproximado al contrato de obra.

En otras sentencias, a pesar de que ya no se encuadra la cirugía voluntaria en el arrendamiento de obra, se entiende que la obligación del cirujano desbordaba el estricto marco de la obligación de medios y que se aproxima a la de resultados,

intensificando además, en este caso, los deberes de información al paciente. En estas sentencias no es suficiente con no alcanzar el resultado previsto puesto que en ellos se mantienen separados el *juicio de cumplimiento* y el de *responsabilidad*, fundando la condena en unos la mala praxis del cirujano o en la inexistencia del preceptivo consentimiento informado⁵³.

La primera sentencia es la STS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073) ponente Sr. Albacar López, vasectomía fallida que lleva aparejado el nacimiento de un nuevo hijo para el actor. Se estima la negligencia del médico por cuanto que no informo de la posibilidad de recanalización espontánea del conducto seminal tras la operación. Reconoce que en los casos "en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, porque el interesado no pretende del médico, la curación de una dolencia patológica, sino el mejoramiento de un aspecto físico o estético o mejorar la actividad sexual, como sucede con la vasectomía. En estos casos el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, que se aproxima de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada". Más adelante, añade: "De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención".

En parecidos términos se pronuncia la STS 11 febrero 1997 (RJ 1997, 940), ponente Sr. Almagro Nosete, en otro supuesto de vasectomía. En este caso la sentencia desestima la reclamación puesto que los análisis indican una azoospermia. Es decir que el demandante carece de capacidad de procrear; de modo que supone que la operación tuvo éxito. Como quiera que como no se ha aportado prueba de paternidad el Alto Tribunal insinúa muy sutilmente que puede que no sea el padre del hijo de su esposa. Aunque no se puede aplicar al caso reitera la doctrina expuesta en la citada STS 25 abril 1994 (RJ 1994,3073) relativa a que la medicina voluntaria sin perder su carácter de arrendamiento de servicios se aproxima de manera notoria al arrendamiento de obra.

53 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 23.

La STS 28 junio 1997 (RJ 1997,5151), ponente Sr. Morales Morales, tiene por objeto una operación de cirugía estética de estiramiento de la piel de la cara (lifting). Tras la operación fallece el paciente por complicaciones postoperatorias. La causa de la muerte se produce por anoxia cerebral, que consistió en la obstrucción de las vías respiratorias altas (boca, faringe y laringe). Se establece la responsabilidad del cirujano por no comunicación al intensivista de la clase de operación, antecedentes del paciente y posibles complicaciones posoperatorias previsibles. Se estima que no procede conforme a las pautas profesionales (“lex artis ad hoc”) que le eran exigibles. Lo paradójico de esta sentencia es que se alega como defensa que el facultativo cumplió con las obligaciones de resultado propias de las operaciones de cirugía estética puesto que la intervención fue satisfactoria. El Tribunal Supremo después de confirmar que efectivamente en la medicina voluntaria el contrato se aproxima de manera notoria al arrendamiento de obra, sin embargo “es evidente que dicho resultado de mejoramiento estético, en que el “ lifting “ consiste, no se ha obtenido en el presente supuesto litigioso, pues el paciente falleció cuando estaba casi recién salido del quirófano, después de habersele practicado la intervención de cirugía estética, sin que, obviamente, quepa la posibilidad, como parece sostener el recurrente, de predicar tal mejoramiento estético respecto de quien fallece en las expresadas circunstancias”. En esta resolución se cita la de 25 abril 1994 (RJ 1994,3073).

En el caso analizado por la STS 24 septiembre 1999 (RJ 1999,7272), ponente Sr. Villagómez Rodil, se refiere a la responsabilidad procedente de la implantación de un producto (dispositivo anticonceptivo intrauterino, modelo DIU) que no reunía las debidas y exigidas garantías de niveles determinantes de su eficacia y seguridad para evitar su finalidad contraceptiva. La paciente quedó embarazada aun a pesar de la implantación del citado dispositivo y decide demandar a la Diputación de Valencia que suministró el DIU a centros de planificación, así como a la empresa fabricante del dispositivo. Se estima que se trata de “Se trata de un acto de medicina voluntaria , es decir que la actora no acudió al Centro para la curación de una dolencia patológica o psíquica, sino para utilizar el medio anticonceptivo que ofrecía, a fin de planificar su situación familiar y no por ello excluye el actuar culposo, si bien la relación creada se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto, perfectamente decidido, pero, en todo caso, ha de atenderse a la obligación de medios y , con ello, que éstos deben ser los adecuados e idóneos para conseguir el fin pretendido, que se frustró al haber concurrido las circunstancias impeditivas que se dejan dichas, en las que tuvo intervención coadyuvante directa la Diputación juntamente con la empresa fabricante y suministradora del anticonceptivo. Estima la concurrencia de la responsabilidad del fabricante y del organismo que omitió las oportunas comprobaciones. Se aplica, además de los arts. 1902 y 1093.4 CC tanto la normativa de productos defectuosos para condenar al fabricante, así como la

LGDCU para condenar a la Diputación. Se les condena solidariamente al pago de una indemnización de dos millones de pesetas.

En parecidos términos a las anteriores se manifiesta la STS 22 julio 2003 (RJ 2003, 5391), ponente Sr. Villagómez Rodil, que tiene por objeto una intervención quirúrgica de mamoplastia que provoca a la paciente cicatrices antiestéticas. Se establece la responsabilidad del médico al considerarse que la medicina satisfactiva supone una aproximación a la naturaleza del contrato de obra y porque, además la inexistencia de consentimiento informado supone una infracción de la "lex artis ad hoc".

En la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), ponente Sr. Corbal Fernández, la paciente se somete a un tratamiento dermoabrasador por láser para hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices. Sin embargo, se produce como secuela la aparición de una inestética cicatriz que loide debido a predisposición genética de la paciente. Tiene lugar la condena del médico por inexistencia consentimiento informado. Lo sorprendente de esta sentencia es que se dice que en la medicina voluntaria o satisfactiva se entiende que existe una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra. Pero por otro lado se dice que hay que descartar que haya existido un aseguramiento del resultado a la paciente ni tampoco "cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética". Esta sentencia, realmente supone el punto y final de la línea jurisprudencial de la "aproximación al contrato de obra". En adelante, se impondrá la tesis -que ya se insinúa en esta misma sentencia- de que la medicina voluntaria también participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de servicios y por lo tanto se trata de una obligación de medios y no de resultado.

Sin embargo, todavía se vuelve a utilizar la tesis de la aproximación al contrato de obra en la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), ponente Sr. Seijas Quintana. Esta sentencia dictada en plena época del rechazo absoluto por parte del Tribunal Supremo a considerar a la medicina voluntaria como un contrato aproximado al de obra y mucho menos como un contrato de obra, sin embargo, se tiene que volver a utilizar esta tesis. Esto es así porque en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pudieron realizar los implantes dentarios que perdió el paciente en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento. En la demanda, como dato curioso, también se reclama al cirujano una prótesis del paciente que fue extraviada por el primero.

3. La obligación del cirujano plástico como una obligación de medios.

Desde la aproximadamente la mitad de la primera década de este siglo se ha impuesto la tesis que considera que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que 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”. Este argumento ha sido reiterado en numerosas ocasiones desde la STS 23 mayo 2007 (RJ 2007,4667) hasta la 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665). Al analizar estas sentencias, ya a simple vista destaca el hecho que el nuevo giro jurisprudencial supone un aumento de la dificultad del paciente para poder probar la culpa del médico⁵⁴. También llama la atención del estudioso que en todas esas sentencias que se vean retroalimentando de las anteriores se incluyan dentro de la línea jurisprudencial que cita a sentencias que de ningún modo forman parte de ella sino de línea contraria⁵⁵. Esta línea jurisprudencial parece ser que no ha sido del agrado de muchas Audiencias, que encuentran con un mayor grado de dificultad para que el facultativo que ha causado daños al paciente pueda ser condenado, de ahí que el Tribunal Supremo, es un gesto inusual, les reprenda por su preferencia por la línea que estima que el contrato que liga al cirujano estético con el paciente

54 De entre las doce sentencias que reiteran el argumento de que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido” nueve estiman que no concurre responsabilidad del facultativo. Así sucede con las SSTs STS 23 de mayo 2007 (RJ 2007, 4667), ponente Sr. Xiol Ríos, vasectomía y embarazo posterior de la esposa. No hay responsabilidad médica; 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), ponente Sr. Xiol Ríos, tras una cirugía estética de mamoplastia para aumentar el pecho se necesita una segunda operación para corregir las asimetrías causadas. No concurre responsabilidad; STS 30 junio 2009 (RJ 2009,6460), ponente Sr. Seijas Quintana, en una mamoplastia con implantación de prótesis que por anestesia epidural que provoca paraplesia (parálisis parcial) de los miembros inferiores (“síndrome cola de caballo”). No se aprecia responsabilidad. STS 20 noviembre 2009 (RJ 2010, 138), ponente Sr. Seijas Quintana, en un tratamiento de fertilidad mediante inseminación artificial se produce infarto isquémico (ictus cerebral). No existe responsabilidad médica. STS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), ponente Sr. Seijas Quintana, intervención quirúrgica de reducción de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. No se aprecia responsabilidad médica. STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), ponente Sr. Seijas Quintana, operación de cirugía estética consistente en la práctica de una microliposucción de muslos y caderas. STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), ponente Sr. Seijas Quintana, a la paciente se le efectúan implantes dentales de titanio. La paciente (persona con tratamiento psiquiátrico) alega la existencia de dolores insufribles. STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mamoplastia, se producen graves daños estéticos (doble burbuja) empeoramiento estético muy visible y notorio. STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg, mamoplastia que tras dos intervenciones produce como secuelas asimetría mamaria y cicatrización inestética de ambas mamas. No se estima la existencia de responsabilidad.

55 Ese error ya ha sido subsanado en la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), pero en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641) y en todas las que le preceden se dice que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido [...] así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTs 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073), 11 febrero 1997, 7 abril 2004, 21 octubre 2005, 4 octubre 2006, 23 mayo 2007 (RJ 2007, 4667) y 19 julio 2013 (RJ 2013, 5003)”. La STS 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) ponente Sr. Albarcar López se refiere a un supuesto de vasectomía fallida y estima que la medicina satisfactiva se aproxima al contrato de obra; lo mismo cabe decir de la STS 11 de febrero de 1997 (RJ 1997,940) ponente Sr. Almagro Nosete y finalmente, la STS 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2608), ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta, operación de vasectomía que fracasa al producirse una recanalización de los conductos seminales. Se establece la responsabilidad por no haberse informado al paciente del posible riesgo de no quedar esterilizado. Pero en ningún momento se pronuncia sobre si la obligación del cirujano es de medios o de resultado.

es un contrato de obra o un contrato de arrendamiento de servicios aproximado al de obra⁵⁶.

Así pues, en adelante obligación del cirujano, en cualquier modalidad de cirugía incluso la estética, es siempre una obligación de medios. Excepcionalmente, se tratará de una obligación de resultado cuando el médico se haya comprometido a alcanzar el mismo. En consecuencia, la regla general consistirá en que la responsabilidad del médico sólo surge en el caso de que el paciente pruebe la culpa de aquél.

De modo excepcional, se admite la inversión de la carga de la prueba en el caso de concurrir daño desproporcionado o del incumplimiento de los deberes de información⁵⁷. Sólo en la existencia de estas dos excepciones que permiten presumir la culpa del cirujano estético se coincide con la doctrina anterior de la responsabilidad de resultado⁵⁸.

La primera nueva línea jurisprudencial ya fraguándose en la STS 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), ponente Sr. Corbal Fernández, en la que una paciente que se ha sometido a tratamiento dermoabrasador por láser para desaparecer unas pequeñas cicatrices se le provoca la aparición de una cicatriz queloide debido a predisposición genética de la paciente. Si bien se condena al médico por la inexistencia consentimiento ya se advierte que el supuesto "hay que descartar, en primer lugar, que haya existido un "aseguramiento del resultado" por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético–, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios". En la STS 4 de octubre de 2006 (RJ 2006,6428), ponente Seijas Quintana, se trata de un caso de implante capilar artificial que produce graves secuelas: lesiones crónicas y zonas de piel adelgazada e hiperrecativa de naturaleza crónica que precisa protección continua. En esta sentencia como quiera que el centro estético con su campaña de publicidad había garantizado el resultado, tiene que reconocer que el componente aleatorio de la intervención médica tiene que "aproximarla al régimen jurídico

56 Así pues, en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), ponente Sr. Seijas Quintana, se dice que "la sentencia de la Audiencia desconoce la doctrina reiterada de esta Sala, como si no existiera, respecto de la obligación de medios y de resultados". Asimismo, sucede con la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg, que manifiesta que "Esta sala 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"

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad", cit., pp. 23 y 24.

58 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad", cit., p. 23.

del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no obtenido”, no obstante a renglón se matiza “que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética (STS 21 octubre 2005 [R] 2005, 8547)). Como los pronunciamientos de estas dos sentencias respecto a la naturaleza de la relación jurídica que une al médico y al paciente de cirugía estética no constituyen su ratio decidendi no podemos considerarlas como línea jurisprudencial. No obstante, en ellas ya se ha preparado el terreno en el que se surgirá y consolidará con fuerza la nueva doctrina.

La primera sentencia de la nueva línea jurisprudencial la constituye la STS 29 junio 2007 (R] 2007, 3871) ponente Sr. Seijas Quintana, se refiere a una ligadura fallida de trompas que no impide un embarazo ectópico. Se determina la inexistencia de responsabilidad porque no está acreditada la relación causal entre la culpa de los demandados y el daño causado. En esta sentencia se elabora la justificación para la nueva doctrina que será reiterada en futuro en numerosas ocasiones como ya hemos mencionado “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva (categoría ya apuntada en las SSTS 25 abril 1994 [R] 1994, 3073] y 11 febrero 1997 [R] 1997, 940] en relación con las operaciones de vasectomía, como recuerda la STS 7 abril 2004 [R] 2004, 2608]) no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que 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.

Esta tendencia se consolida con la STS 29 junio 2007 (R] 2007, 3871), ponente Sr. Seijas Quintana, ligadura fallida de trompas que no impide un embarazo ectópico. Se estima que no concurre responsabilidad porque no está acreditada la relación causal entre la culpa de los demandados y el daño causado. Se confirmó la sentencia recurrida, la cual había absuelto al cirujano plástico, por considerar que no habían quedado probadas las secuelas invocadas por la demandante y entender que el demandado había obrado con la diligencia propia de su profesión. Consolidada la línea jurisprudencial, en adelante el Supremo se aparta de la doctrina seguida hasta ese momento, al aseverar que los actos de medicina voluntaria “no comportan por sí la garantía del resultado perseguido”, salvo que se haya asegurado el resultado. Añadiendo que no puede deducirse del simple hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética”⁵⁹. Este argumento se usará en todas las sentencias que citaremos a continuación de modo que por cuestiones de economía procesal no volveremos a señalar en cada una de las siguientes resoluciones.

59 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La responsabilidad”, cit., p. 4.

En la STS 22 noviembre 2007 (RJ 2007, 8651), ponente Sr. Xiol Rios, no se reconoce la responsabilidad médica. Se trata de un caso de cirugía estética de mamoplastia para aumentar el pecho se necesita una segunda operación para corregir las asimetrías causadas. Tras la segunda fue obtenida una mejoría notable, aunque persistía una ligera asimetría hecho frecuente en los senos de la mujer así como cicatrices pequeñas en regiones axilares. La actora solicita una indemnización de 25 millones de pesetas por las secuelas que le ha causado la operación que tendría que haber logrado un resultado que ha sido incumplido. El Supremo aplica la nueva doctrina que excluye cualquier resultado salvo la existencia de pacto. Asimismo, se hace constar que no se ha probado la existencia de las secuelas alegadas salvo pequeñas cicatrices.

En la STS 12 febrero 2008 (RJ 2008, 2925), ponente Sr. Seijas Quintana, una vez finalizada una operación de cirugía estética de nariz (rinoplastia) el paciente entubado bajo los efectos de la anestesia sufre un vómito, aspirando el mismo provocando un broncoespasmo. Sufriendo una privación de oxígeno durante más de cuatro minutos que provocó un estado de coma irreversible. El paciente queda sumido en estado de vida vegetativa. Se estima que no concurre negligencia en la actuación del anestesista partiendo de que la obligación del médico es de actividad y no se resultado. Se señala que la conducta del demandado se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

En el caso de la STS 12 marzo 2008 (RJ 2008,4045), ponente Sr. Seijas Quintana, el cirujano se comprometió a obtener un resultado en una operación maxilofacial en la que había que practicar un injerto óseo que fracasó y no se pueden realizar los implantes dentarios que perdió en un accidente de tráfico. En la sentencia el contrato se califica como de obra puesto que el facultativo "le aseguró el éxito", ya que se comprometió a obtener un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, incluso captando su voluntad para realizar el tratamiento. Como dato curioso, señalar que en la demanda también se reclama una prótesis del paciente que fue extraviada por el dentista, cirujano oral y maxilo-facial.

Una de las pocas ocasiones en las que se estima la responsabilidad del médico es en la STS 12 febrero 2009 (RJ 2008, 1485), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación fallida de cirugía estética de rinoplastia que requiere de doce intervenciones durante diez años. Graves secuelas estéticas y funcionales, como cicatrices y desviación de la pirámide nasal hacia la derecha, acortamiento nasal entre otras. Asimismo, secuelas psíquicas y daños morales. Lamentablemente en la sentencia no aportan datos suficientes para saber en base a que argumentos cuales se estima la existencia de la responsabilidad médica.

En la STS 30 junio 2009 (RJ 2009,6460) bis, ponente Sr. Seijas Quintana, nuevamente se absuelva al facultativo en un caso de mamoplastia con implantación de prótesis que por anestesia epidural provoca paraplesia (parálisis parcial) de los miembros inferiores (“síndrome cola de caballo”). No se estima existencia de responsabilidad médica porque en la medicina satisfactiva la responsabilidad del profesional es de medios y no de resultados. No existe violación de la “lex artis ad hoc” en la aplicación de la anestesia. En este caso no se aplica la responsabilidad objetiva ex art. 28 LGDCU porque no se aplica a los actos médicos sino únicamente a los aspectos funcionales del servicio médico.

En la STS 20 enero 2011 (RJ 2011,299), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de elevación mamaria (mastopexia) la paciente sufre parada cardiorrespiratoria que le provocan lesiones irreversibles y hasta el momento de dictarse la sentencia del TS se encuentra en coma irreversible. La demanda se basaba en la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado y de la infracción del consentimiento informado. La sentencia de apelación mantiene que la teoría del daño desproporcionado no es aplicable a los anestesiólogos por en la medida en que se trata de una intervención que comporta siempre riesgos importantes por lo que pueden producirse incidencias de gravedad (SSTS 29 julio 1998(RJ 1998, 6453) , 12 diciembre 1998 , 4 febrero 2002 (RJ 2002, 1593)). En FD 2º viene a confirmar la inaplicación de la doctrina de los daños desproporcionados a los anestesiólogos.

En la STS 28 junio 2013 (RJ 2013, 4986), ponente Sr. Seijas Quintana, intervención quirúrgica de reducción de mamas (mamoplastia) y abdomen (abdominoplastia) de paciente con obesidad mórbida. Se señala en la resolución que ya no se puede aplicar la tesis de obligaciones de resultados puesto que la cirugía estética es obligación de medios. En este caso es de destacar la finalidad no sólo satisfactiva sino también reparatoria de la intervención. Tampoco se puede aplicar la responsabilidad objetiva ex art. 28 LCU porque no se aplica a médicos sino es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha.

Otra de las escasas resoluciones en las que se estima que concurre responsabilidad del médico es en la STS 19 julio 2013 (RJ 2013,5004), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de reconstrucción mamaria tras operación de tumor. Se estima la existencia de responsabilidad médica, no porque no se haya alcanzado el resultado, porque la nueva corriente jurisprudencial estima que cirugía satisfactiva también es obligación de medios sino porque concurre una violación de la lex artis por una mala praxis. Se aplica la doctrina del daño desproporcionado por la “disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida”.

En la STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 2477), ponente Sr. Seijas Quintana, operación de cirugía estética consistente en la práctica de una microliposucción de muslos y caderas. No obteniendo resultado satisfactorio la paciente presenta demanda contra el cirujano y la clínica. El Tribunal Supremo estima la absolución de los demandados habida cuenta que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan el aseguramiento del resultado.

En la STS 29 mayo 2014 (RJ 2014, 2835), ponente Sr. Seijas Quintana, tras una operación de cirugía estética, abdominoplastia, se produce una lesión cerebral irreversible de encefalopatía hipoxica-isquemica. Se estima que hubo infracción de la *lex artis* por el anestesista por la incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal. La sentencia de apelación condena aplicando la doctrina del daño desproporcionado, sin embargo, el TS estima que la condena no es tanto por la doctrina del daño desproporcionado porque hay una causa que lo justifica sino por el incumplimiento de las obligaciones propias de la responsabilidad de la demandada.

La STS 17 junio 2015 (RJ 2015, 2651), ponente Sr. Seijas Quintana, contempla un caso en el que a la paciente se le efectúan implantes dentales de titanio. La paciente (persona con tratamiento psiquiátrico) alega la existencia de dolores insufribles. No se estima la demanda porque no se prueba la relación entre los implantes y los dolores. Si bien existen lesiones del nervio trigémino y nervio lingual no se ha probado que sean consecuencia de los implantes. No existe nexo causal entre dolores e indemnización solicitada. La paciente era una persona con tratamiento psiquiátrico. No se ha acreditado la existencia de mala praxis por infracción de la *lex artis*. Tampoco concurre daño desproporcionado porque este requiere de relación causal acreditada. No existe documento de consentimiento informado pero este se había prestado. Aunque se trate de medicina satisfactiva no se le puede aplicar responsabilidad objetiva porque se trata de responsabilidad de medios.

En la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mastoplastia, se producen graves daños estéticos (doble burbuja) empeoramiento estético muy visible y notorio. Hay segunda intervención que no subsana los defectos estéticos. La Audiencia acoge parcialmente la demanda aplicando la doctrina de la obligación de resultado para la medicina satisfactiva. El TS aplica la tesis de que este tipo de cirugía constituye una obligación de medios y que al haber sido informada de los riesgos de la operación no hay responsabilidad. Puesto que además no se ha probado la infracción de la *lex artis*.

En la STS 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649), ponente Seijas Quintana, en un caso de implantes dentarios en paciente que 11 años antes había sufrido un

cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula. Al paciente le quedan secuelas consistentes en osteonecrosis mandibular quedando con cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitado para hablar, abrir la boca y comer con normalidad. Se estima inexistencia de responsabilidad médica y hospitalaria porque se había asumido el riesgo en el consentimiento informado que no se le garantizaba un resultado determinado.

En esta época se dictan varias sentencias sobre prótesis mamarias defectuosas en las que en la mayoría de los casos se desestima la demanda contra los médicos o incluso los centros médicos por tratarse de un tema de responsabilidad del fabricante. Este es el caso de la STS (Pleno) 9 diciembre 2010 (RJ 2011,1408), ponente Sr. Xiol Ríos, varias pacientes presentan una demanda conjunta contra dos fabricantes de prótesis mamarias por efectos físicos, psicológicos y morales que padecieron o siguen padeciendo a causa haberse sometido a sendas operaciones de implantes de prótesis mamarias que posteriormente les fueron extraídas siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo. Se estima que dichas prótesis eran productos defectuosos a los que les era de aplicación la 22/94 de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En el caso de la STS 15 febrero 2017 (RJ 2017,583), ponente Sr. Seijas Quintana, una clínica estética habían implanta prótesis defectuosas fabricadas por una empresa francesa. Una asociación de consumidores presenta una acción colectiva de resolución del contrato y subsidiariamente de nulidad contrato por vicio del consentimiento, resolución contractual e indemnización de daños y perjuicios. Se estima la inexistencia de responsabilidad médica porque la acción no tiene como objeto la reclamación por responsabilidad civil derivada del proceso de implantación ni por el resultado defectuoso de la operación. No se acciona contra los verdaderos responsables ni contra el producto defectuoso. Solo se demanda a la clínica y no contra los médicos. En la STS 28 junio 2021 (RJ 2021,3016), ponente Sra. Parra Lucán, en un caso de mamoplastía con implantación de prótesis se produce la rotura a los seis años de la operación. Hay que realizar una explantación y sustitución de prótesis. Se estima que no concurre responsabilidad contra el centro médico porque no existe mala praxis, ni infracción del deber de información, ni deficiencia en el consentimiento informado, no puede generarse responsabilidad en la demandada, toda vez que cuando se implantaron las prótesis, gozaban estas de todas las garantías necesarias para su utilización. Sin embargo, se prohíbe la implantación de tales prótesis años más tarde por UE. En la resolución se señala que debería de haberse demandado al fabricante.

Finalmente, en la STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg el caso recae sobre una mamoplastia que tras dos intervenciones produce como secuelas asimetría mamaria y cicatrización inestética ambas mamas. Inexistencia responsabilidad y desestima la reclamación porque los daños causados

son riesgos típicos de la intervención que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado firmado por la paciente. No se ha probado la existencia de mala para ni tampoco se trata de un resultado de daño desproporcionado.

En esta nueva etapa jurisprudencial es muy difícil probar la existencia de incumplimiento de la *lex artis* del facultativo. De modo que una de las pocas vías para poder conseguir la condena del médico es que este no haya prestado el consentimiento informado en aquellos en los que se han producido daños derivados de la intervención. No obstante, este tipo de sentencias en un futuro no muy lejano carecen de trascendencia para fijar la responsabilidad de cualquier facultativo puesto que la gran mayoría ya son conscientes que han de cumplir la obligación del consentimiento informado. La primera de estas sentencias es la STS 19 noviembre 2007 (RJ 2008, 17), ponente Sr. Marín Castán, vasectomía fallida y concepción de una hija por su mujer. Se han realizado las pertinentes pruebas de paternidad. Existencia de responsabilidad por no haber probado que se haya prestado la información sobre la realización de una segunda prueba de espermiograma para verificar su azoospermia. Era necesaria una segunda prueba para confirmar la esterilidad antes del inicio de relaciones sexuales con su mujer sin tomar precauciones. No se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la relación jurídica que une a médico y a paciente. Se condena al médico al pago de una indemnización de 7 millones de pts por daños y perjuicios y carga alimentaria. Parecido argumento de la falta de consentimiento informado se utiliza en la STS 3 febrero 2015 (RJ 2015, 641), Seijas Quintana, en una mamoplastia de aumento de pecho con implante de prótesis y drenaje linfático manual, así como eliminación del vello de axilas e ingles sugiriendo la clínica el sistema de foto depilación. La paciente tiene que someterse a una segunda operación de mamoplastia, tras la cual se aprecia tumoración. Se procede a una mastopexia (extracción prótesis). Se condena por falta de consentimiento informado, se produce en este aspecto una inversión de la carga de la prueba contra el médico. Se aprovecha para insistir en que la medicina satisfactoria constituye obligación de medios y no de resultados aunque no era necesario para condenar. Nuevamente, se utiliza la falta de consentimiento informado en la STS 9 junio 2015 (RJ 2015, 5979), ponente Sr. Baena Ruíz, intervención quirúrgica de reducción mamaria con gaves secuelas: necrosis grasa y de infección. Se produce una situación de invalidez permanente total. Hay una derivación del sistema público de salud a clínica privada. Se prueba la existencia de secuelas invalidantes derivadas de su realización. Se estima la responsabilidad de la clínica por omisión del consentimiento informado: falta de constancia documental y de prueba de la información verbal a la paciente. Existe inversión de la carga de la prueba del consentimiento informado verbal que ha de acreditarse por el médico. En la STS 8 septiembre 2015 (RJ 2015, 3712), ponente Sr. Seijas Quintana, en una operación de reducción de estómago, fracasa la operación y el paciente vuelve a engordar. y además vino sufriendo cólicos. Diez

años más tarde requiere de una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros. No se ha probado la existencia de responsabilidad médica pero se condena por falta del consentimiento informado. No concurre daño desproporcionado porque no se ha probado que fracasara la técnica puesto que tras operación la paciente adelgazó.

IV REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

I. La necesaria vuelta al sistema de separación de regímenes para la medicina satisfactiva y la voluntaria.

En nuestra opinión tendría que haberse seguido manteniendo un régimen separado para la medicina satisfactiva, puesto que en cierto modo el paciente sigue siendo tratado como un cliente. Como ya hemos dicho al principio de nuestro trabajo sólo hay que entrar en Google o en cualquier otro buscador y hacer la prueba de buscar cualquier tipo de cirugía estética para comprobar como en los anuncios que vamos a encontrar los riesgos de este tipo de intervenciones, si bien no se esconden sí que están desprovistos de cualquier tipo de gravedad. Prueba de ello es la incidencia de la en materia de medicina voluntaria en la que muchos de los resultados de una mala praxis son consecuencia de la frivolidad con la que se brindan soluciones rayanas con lo milagroso⁶⁰. Así pues, el paciente de cualquier tipo de medicina satisfactiva debería tener un régimen diferenciado del de medicina curativa. Además, a este paciente-cliente, como se han referido algunas sentencias se le debería de aplicar el TRLGDCU y no el Código civil habida cuenta de su condición de usuario. No obstante, esta es una cuestión que excede el cometido de este trabajo.

Somos conscientes de que no se va a producir ningún cambio jurisprudencial en el Tribunal Supremo en bastantes años. No obstante, aún manteniendo la línea de la unidad de régimen para todo tipo de medicina habría que revisar algunos de los expedientes desactivadores de la responsabilidad civil médica y que señalamos a continuación.

2. La negativa a admitir la inversión de la carga de la prueba.

La inaplicación de la regla de la inversión de la carga de la prueba en los casos de responsabilidad médica convierte en muchos casos en impla posibilidad de logra una sentencia para la víctima. A título de ejemplo están las SSTs en las que de haberse aplicado esta tesis probablemente se habría condenado al

⁶⁰ En este sentido se manifiesta F. MARÍN CASTÁN en el Prólogo de la obra *Responsabilidad Civil Médica*, de J.L. GALÁN CORTÉS a la que ya hemos hecho amplia referencia.

médico. En la STS 11 abril 2002 (RJ 2002, 3288), ponente Sr. Marín Castán, en una intervención quirúrgica para corregir desvío de tabique nasal la aplicación de la anestesia le provocó una hipoxia al paciente de 20 años que le hizo estar un día en coma profunda. Se causan secuelas consistentes complicaciones neurológicas de carácter permanente. Aun a pesar de la falta de colaboración de los médicos para la obtención de las pruebas no se admite la inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, el anestesista queda exonerado al no probarse su culpabilidad. Esta sentencia es también prueba de una suerte de inmunidad que la jurisprudencia del Tribunal Supremo concede a los anestesistas pero que excede del cometido de este trabajo. Como sentencia prototipo de la no admisión de la inversión de la carga de la prueba está la STS 23 octubre 2000 (RJ 2000, 9197), ponente Sr. González Poveda, en ese caso tras el fallecimiento de menor por shock profundo tras una operación intestinal se interpone demanda contra el Servicio Andaluz de Salud y el médico. Al no poderse determinar la causa de la muerte se absuelve a todos los demandados. Se justifica el fallo diciendo que “es doctrina reiterada de esta Sala, manifestada en las numerosas sentencias que cita la de 10 noviembre 1997 (RJ 1997, 7868) que “para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de medios y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación [...]”. Termina diciendo la sentencia, sin ningún rubor, que “Esta indefinición sobre la causa de la muerte no permite establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados que tampoco puede calificarse de culposa o negligente”.

En algunas otras resoluciones se citan excepciones a la regla de la carga de la prueba, si bien no se aplican. Este es el caso de la STS 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7548) estima que la carga de la prueba debe de excepcionarse en dos casos: en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio Tribunal, en los términos análogos a los de, entre varias, las Sentencias de 29 julio 1994 (RJ 1994,6937), 2 diciembre 1996 (RJ 1996,8938) y 21 julio 1997 (RJ 1997,5523)” (Sentencia de 19 febrero 1998 [RJ 1998,634]). En parecidos términos la STS 11 mayo 2002 (RJ 2001,6197).

3. La utilización del consentimiento informado como una cláusula de exoneración de responsabilidad.

En nuestra opinión en ocasiones se está haciendo un uso inapropiado del consentimiento informado. No es este tampoco el lugar donde extenderse sobre esta figura. Sin embargo, lo que no puede utilizarse el mismo como una cláusula de exoneración de responsabilidad del médico⁶¹. En la comentada STS 24 noviembre 2016 (RJ 2016,5649), ponente Seijas Quintana, implantes dentarios en paciente que 11 años antes había sufrido un cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula. Uno de los argumentos que conduce a la exoneración de la parte demandada es que se había asumido el riesgo en el consentimiento informado que no se le garantizaba un resultado determinado. Asimismo, en la STS 13 abril 2016 (RJ 2016,1495), ponente Seijas Quintana, en una operación de cirugía estética, mamoplastia, el TS aplica la tesis de que este tipo de cirugía constituye una obligación de medios y que al haber sido informada de los riesgos de la operación no hay responsabilidad.

Por el contrario, en el caso de la comentada STS 30 noviembre 2021 (RJ 2021, 5665), ponente Sr. Seoane Spiegelberg, se advierte que “No es daño desproporcionado el previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada”

4. La desactivación de la doctrina del daño desproporcionado.

Si ya hemos comentado que la concurrencia de daño desproporcionado se ha considerado como una excepción a la regla de la carga de la prueba. Una de las formas de evitar la inversión de la carga de la prueba pasa por vaciar de contenido la doctrina de la “culpa virtual”. En toda una serie de sentencias se ha desactivado esta tesis al señalar que si hay una explicación coherente del daño no se aplica la doctrina del daño desproporcionado. Este es el caso de las STS 12 febrero 2008 (RJ 2008,2925), 7 mayo 2007 (RJ 2007,3553), 30 abril 2007 (RJ 2007, 2397), 14 febrero 2007(RJ 2007, 565), 24 noviembre 2005 (RJ 2006, 111), 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8547), 26 mayo 2005 (RJ 2005, 6389), 11 abril 2002 (RJ 2002, 3288), 23 marzo 2002 (RJ 2002, 2664).

61 Tal como establece ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 10, 2, 2019, pp. 553-557, el consentimiento del paciente, de acuerdo con el art. 4.3 de la Ley de Autonomía del Paciente se configura como el derecho a decidir libre y voluntariamente en todas las cuestiones que puedan afectar a su salud. Este derecho al consentimiento informado se divide en dos facultades, en la de información previa y consentimiento posterior. Este autor en ningún momento contempla que el consentimiento informado pueda utilizarse como cláusula exoneratoria de los riesgos informados. Finalmente, este autor señala como en la medicina satisfactiva el deber de informar tiene mayores exigencias que en la curativa.

BIBLIOGRAFÍA

BASOZABAL ARRUE, X.: *Responsabilidad extracontractual objetiva: parte general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios. consideraciones críticas", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 36, 2015, pp. 93-126.

DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II, (Tomo 2), Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 11 ed., Tecnos Madrid, 2015, p. 321

GALÁN CORTÉS, J.L.: *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2022 (8 ed.).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "La responsabilidad objetiva", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, 2007, pp. 799-820.

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 Boliviana de Derecho*, núm. 29, 2020, pp. 14-53.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 10, 2, 2019, pp. 548-565

PANIZA FULLANA, A.: "La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDU (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. I.

PLAZA PENADÉS, J.: "Responsabilidad civil médica y hospitalaria", en AA.VV.: *Derecho de daños* (dir. M. E. CLEMENTE MEORO y M.E. COBAS COBIELLA), Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 1009-1060.