

**TRABAJO DE FIN DE GRADO
GRADO EN RELACIONES LABORALES**

**FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y
JURISPRUDENCIALES DE LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA: APLICACIÓN A
LOS DAÑOS DERIVADOS
DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA**

DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL
FOUNDATIONS OF MEDICAL LIABILITY:
APPLICATION TO DAMAGES ARISING
FROM AESTHETIC SURGERY

AUTORA:

ALBA PÉREZ BELLO

DIRECTOR:

Prof. Dr. JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS

Santander, 2003

1. ÍNDICE

1.	PLANTEAMIENTO	4
1.1	INTRODUCCIÓN.....	4
1.2	LEGISLACIÓN APLICABLE	5
2.	CATEGORÍAS BÁSICAS	6
2.1	MEDICINA SATISFACTIVA Y MEDICINA CURATIVA	6
2.2	LA LEX ARTIS AD HOC	8
3.	CIRUGÍA PLÁSTICA VS. CIRUGÍA ESTÉTICA	10
3.1	LA CIRUGÍA ESTÉTICA, ¿CONTRATO DE OBRA O DE SERVICIOS?	10
3.2	LA OBLIGACIÓN DEL CIRUJANO ESTÉTICO COMO UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS.....	12
4.	RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CIRUJANO	14
4.1	EL ACTO MÉDICO	14
4.2	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	15
4.3	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	17
4.4	PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y CONCURRENCIA	19
4.4.1	Responsabilidad civil por hecho propio	19
4.4.2	Responsabilidad civil por hecho ajeno	19
5.	EL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO.....	20
5.1	EL DEBER DE INFORMACIÓN.....	20
5.2	EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	22
6.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE INFORMACIÓN	24
7.	TIPOS DE DAÑO: TEORÍAS EXISTENTES	25
7.1	TEORÍA DE LA FALTA DEL NEXO DE CAUSALIDAD.....	25
7.2	TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.....	26
7.3	TEORÍA DEL DESPLAZAMIENTO DEL RIESGO.....	27
7.4	TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.....	27
8.	CONCLUSIONES	28
9.	BIBLIOGRAFÍA	29

RESUMEN

No se puede negar que los cánones de belleza cada vez son más notables en nuestra sociedad y están presentes en nuestro día a día, en constante cambio y transformación. La medicina satisfactiva juega un papel muy importante en este ámbito, lo que exige proporcionar certezas sobre el alcance de la responsabilidad del cirujano por los daños derivados del acto médico, diferenciando la obligación de medios y la obligación de resultados.

El presente trabajo pretende analizar el régimen de responsabilidad por daños provocados a personas que se someten a cirugía estética, poniendo especial atención en diferentes puntos clave que se han puesto de relieve a nivel doctrinal. De la mano de diferentes autores se exponen los fundamentos doctrinales sobre los que descansa este particular sistema de responsabilidad. Ello se combina con la referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en relación con esta materia. En este marco doctrinal y jurisprudencial, a lo largo del trabajo se exponen categorías basilaras como las modalidades de cirugía, el acto médico o los tipos de responsabilidad médica.

Palabras clave

Responsabilidad civil sanitaria; Lex artis ad hoc; Medicina satisfactiva; Cirugía plastica; Cirugía estetica; Daños.

ABSTRACT

It cannot be denied that beauty canons are becoming more and more noticeable in our society and are present in our daily lives, constantly changing and transforming. Satisfactory medicine plays a very important role in this area, which requires providing certainty about the extent of the surgeon's liability for damages resulting from the medical act, differentiating between the obligation of means and the obligation of results.

This paper aims to analyse the liability regime for damages caused to people who undergo cosmetic surgery, paying special attention to different key points that have been highlighted at a doctrinal level. Different authors argue doctrinal foundations on which this particular system of liability rests.

This is combined with a reference to the case-law of the Supreme Court on this topic. In this doctrinal and jurisprudential framework, basilar categories such as the modalities of surgery, the medical act or the types of medical liability are presented throughout the work.

Key words

Civil liability; Lex artis ad hoc; Satisfactory medicine; Plastic surgery; Aesthetic surgery; Damages.

1. PLANTEAMIENTO

1.1. Introducción

Hoy en día los estándares de belleza han cambiado con respecto a hace unos años atrás y cada vez es más común la aplicación de cambios estéticos en nuestro cuerpo. Es un tema que provoca importantes controversias y suscita diversas reflexiones desde diferentes perspectivas. Hay quien lo ve como una opción válida para mejorar la apariencia física y por ende mejorar la autoestima mientras que por otro lado hay quienes lo critican por promover estándares de belleza que no son reales y alimentar una cultura de superficialidad.

Este tema ha sido objeto de debate durante muchos años con argumentos a favor y en contra. Hay personas que están a favor y alegan que este tipo de prácticas proporcionan una mejora en la apariencia física aumentando la autoestima y aportando seguridad y ausencia de complejos en la persona que decide someterse a cirugía estética para verse más “guapa”. También argumentan que pueden corregir malformaciones congénitas donde se puede ver una mejora de la calidad de vida de los pacientes.

Por otro lado, las personas que están en contra sostienen que la cirugía estética está alimentando una sociedad superficial que puede llevar a una obsesión por la apariencia física y la imagen corporal que pueden llevar a riesgos, tanto físicos como psicológicos, y señalan que deberá prevalecer la aceptación y la valoración de uno mismo sin tener que recurrir a un tratamiento quirúrgico.

Pero no solo esto: también hay que tener muy presente los riesgos que esto conlleva para la salud del paciente. Una persona que decide someterse a cirugía estética sabe que suele ir acompañada de efectos adversos, o que al menos cabe la posibilidad de no se consiga el resultado deseado.

Aquí es donde podemos hacer una diferencia inicial entre medicina satisfactiva y medicina curativa, que más adelante explicaré en detalle. La medicina curativa es aquella que tiene por objeto la sanación del paciente y por lo tanto es necesaria, mientras que la medicina satisfactiva es aquella a la cual el paciente se somete voluntariamente para lograr una transformación de su apariencia física.

Asimismo, cabe hacer referencia a los grandes avances de los servicios sanitarios, tanto en materia protocolaria como en materia de calidad, al igual que la sociedad ha ido sufriendo una gran transformación introduciendo grandiosas innovaciones que han facilitado la inmersión de cuantiosas ramas en la medicina, como es la cirugía estética.

En este contexto también se han ido estableciendo de manera paulatina protocolos que han favorecido la intervención clínica proporcionando a los usuarios una atención de calidad y una orientación correcta en la toma de

decisiones, ayudándoles así a sistematizar los procesos asistenciales ante la variabilidad de indicaciones médicas y quirúrgicas de la práctica clínica.

1.2. Legislación aplicable

La Constitución Española de 1978 recoge una serie de derechos que ampara y protege al ciudadano. Garantiza la mejora de la salud de la población y así lo hace efectivo en su artículo 43¹, donde reconoce el derecho a la protección, en el cual encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública empleando todos aquellos medios preventivos, al igual que fomentar la educación en materia de sanidad.

Debe también tenerse en cuenta la Ley 33/2011, de 4 octubre, General de Salud Pública, que da una respuesta completa y actual al requerimiento contenido en el artículo 43 de la Constitución Española. Tiene como objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y cualquier actuación de toda índole desarrolladas por los poderes públicos.²

El incesante incremento de tratamientos quirúrgicos en la sociedad actual va de la mano con el aumento de daños producidos por mala praxis o negligencias en materia de sanidad, concretamente en cirugía plástica, produciéndose daños, lo que ha obligado al legislador al ordenamiento de normativas más específicas que amparen este tipo de responsabilidades y que garantice que alguien responda ante estos hechos.

En el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU)³, se reconoce el derecho a la indemnización de a todo aquel que ha sufrido un daño o un perjuicio causados por bienes o servicios. Esto último quiere decir cualquier persona que ha sufrido un daño ocasionado por una actuación negligente quedará amparado por la TRGLDCU en materia de responsabilidad civil.

A nivel de *soft law* otra de las normativas a las que hay que hacer alusión es la AECEP (Asociación Española de Cirugía Estética Plástica), entidad que se enorgullece de exigir a sus miembros que cumplan con los más altos estándares éticos de su profesión. Estas normas cubren responsabilidades éticas hacia los pacientes, responsabilidades éticas hacia otros miembros de AECEP,

¹ Artículo 43: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

² Artículo 1 de la Ley 33/2011, 4 octubre, General de Salud Pública.

³ Artículo 128. Indemnización de daños. Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios. Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.

responsabilidades éticas con respecto a la promoción de la práctica clínica, responsabilidades éticas hacia la profesión y disciplina.⁴

Este código ético considera prioridad fundamental la seguridad del paciente. En consecuencia, la responsabilidad principal del miembro es llevar a cabo su actividad profesional únicamente en centros médicos que promuevan los más altos estándares de seguridad del paciente. Una de las responsabilidades éticas que más caracterizan a este código ético son el respeto, la confidencialidad o la seguridad del paciente⁵.

En cuanto a legislación en materia de responsabilidad contractual cabe mencionar el artículo 1.101 del Código Civil (en adelante CC) y en materia de responsabilidad extracontractual los artículos 1.901 y 1.903 CC.

2. CATEGORÍAS BÁSICAS

Hay que distinguir entre dos tipos de medicina. Por un lado, tenemos la llamada medicina curativa, asistencial o necesaria, y, de otro lado, La medicina voluntaria o satisfactiva. La distinción entre ellas es aparentemente clara, pues la primera se aplica a una patología mientras que la segunda es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica - puesto que se actúa sobre un cuerpo sano-, sino que más bien persigue el mejoramiento de la apariencia física, o una transformación satisfactoria del propio cuerpo.⁶

2.1. Medicina satisfactiva y medicina curativa

Como indica GÓMEZ RUFIÁN, “antes de entrar a valorar su diferente régimen jurídico en materia de exigencia de responsabilidad, lo apropiado sería partir de una serie de términos básicos sobre que considera la jurisprudencia por influencia directa de la ciencia médica. Inicialmente se partió de la base de que la medicina satisfactiva o medicina estética es aquella que tiene un carácter meramente voluntario, es decir, que el interesado acude al facultativo no para el mejoramiento de una dolencia patológica o enfermedad, sino para realizar un cambio estético en su cuerpo o para la transformación de una actividad biológica. Así, los tribunales de justicia han venido a recoger como supuestos de medicina satisfactiva las vasectomías, los tratamientos dentales o las operaciones de senos”⁷.

MANJÓN RODRÍGUEZ ha señalado que “en la medicina curativa se ha considerado que la relación contractual que liga a prestador y paciente tiene naturaleza de arrendamiento de servicios que no obliga a un resultado concreto. En efecto, jurisprudencialmente, esta obligación de medios se aplica no sólo para

⁴AECEP, Código Ético de la Asociación Española de cirugía estética plástica, preámbulo, p. 1

⁵AECEP, Código Ético de la Asociación Española de cirugía estética plástica, art, 1.01, p. 1

⁶ PARRA SEPULVEDA, Darío: *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Getafe, 2014, p. 69.

⁷ GÓMEZ RUFIÁN, Luis: “Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32, II, 2015, p. 187.

el tratamiento sino también para el diagnóstico, de modo que el error de diagnóstico no genera necesariamente responsabilidad si no se regatearon los medios ordinarios y no es evidente a la vista de los síntomas (negligencia grave)”⁸. La misma autora indica que “por el contrario, en la medicina satisfactiva la voluntad de conseguir un beneficio estético acentúa la obligación del facultativo de obtener un cierto resultado. Es por ello por lo que la calificación jurídica habitual de la medicina satisfactiva es la de arrendamiento de obra”.⁹

Como indica MANJON RODRÍGUEZ, “precisamente, dado que persigue un beneficio que no es la curación, se ha señalado que en este campo no debería hablarse tanto de pacientes sino de clientes”¹⁰.

En la misma línea AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA explican cómo la jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, estableciendo igual distinción jurídica dentro del ámbito quirúrgico entre una cirugía asistencial, que identificaría la prestación del profesional con la *locatio operarum* y una cirugía satisfactiva (destacadamente, operaciones de cirugía estética), que identifica 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. Puntualizando siempre que en los casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario. El interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético¹¹.

Estos mismos autores argumentan que “la STS 03/10/2000 realza nuevamente, que, es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención.”¹²

Por lo que viendo la gran diferencia se puede decir que esta gran distinción se resume en que la medicina curativa siempre va a ser una obligación de medios, donde se presta un determinado servicio que busca la sanación de carácter

⁸ MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz: “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, N° Extraordinario 1, 2013, p. 223

⁹ MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz, ob. cit., p. 223.

¹⁰ MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz, ob. cit., p. 223.

¹¹ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel: “La obligación de resultado en la cirugía plástica y estética”, *Tribuna* de 18 de junio 2021. punto 1.1.

¹² AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

patológico mientras que la medicina satisfactiva únicamente persigue un fin estético y se considera una obligación de resultados concretos.

2.2. La *lex artis ad hoc*

La *lex artis ad hoc* es considerada el principal criterio por el que ha de regirse el análisis de la corrección de la intervención quirúrgica, sea satisfactiva o asistencial, como indica GÓMEZ RUFIÁN¹³. Como ha señalado CAYÓN DE LAS CUEVAS, constituye el parámetro de la diligencia debida, englobando las reglas de actuación profesional del facultativo, esto es, las normas que constituyen la buena práctica clínica y la ortodoxia profesional en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Se convierte, así, en un criterio valorativo de la corrección de cada concreto acto médico.¹⁴

Señala MONTALVO REVUELTA que “por *lex artis*, tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina entienden que es “la consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”.¹⁵

OCAMPO OLARTE, con cita de MARTÍNEZ CALCERRADA, considera la *lex artis* es el criterio valorativo de la concreción del correcto acto ejecutado por el profesional que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso de la influencia en otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida.¹⁶

Entrando entonces a valorar conceptualmente la *lex artis*, este mismo autor indica que “*lex* implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta”, y que el objetivo de esta *lex* es “valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos”.

HURTADO DÍAZ-GUERRA¹⁷ sistematiza el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* respecto del paciente en una serie de obligaciones, como son:

¹³ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, ob. cit. p. 188.

¹⁴ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, La prestación de los servicios sanitarios como relación jurídica de consumo, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 458.

¹⁵ MONTALVO REVUELTA, Pablo: “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 8/2013, pp. 196-208.

¹⁶ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo: “¿Existe la obligación de resultado en las cirugías estéticas?” *Revista de Derecho privado*, n.º 57, 2017, p. 8.

¹⁷ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel: *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-56.

- Prestar al paciente y/o familiares una información adecuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos).
- Aplicación de los medios técnicos, humanos y materiales disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, y adecuados al estado de la ciencia.¹⁸
- Garantizar la continuidad e ininterrupción del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.
- Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar el agravamiento o repetición de la dolencia en las enfermedades crónicas o evolutivas.
- Se ha incluido también el deber de custodia y conservación de la historia clínica.

En cuanto a términos de doctrina general, la *lex artis* es conocida como el conjunto de reglamentaciones provenientes de pautas, protocolos, o usos que regulan las actuaciones profesionales en el ejercicio de su oficio, y que se encuentra sujeta a continuas variables que dependen de los avances científicos y las nuevas tecnologías.¹⁹

Afirma HURTADO DÍAZ-GUERRA que “se trata, por tanto, de un concepto cambiante y evolutivo, lo que exige al colectivo médico adaptarse permanentemente a esos avances, actualizando sus conocimientos científicos, técnicos y materiales, de conformidad al estado de la ciencia reconocido por las academias científicas o similares. Este continuo cambio imposibilita que exista una regulación única, pero ello no significa que se pueda someter al personal médico a una inseguridad técnica y jurídica insalvable, por lo que en la medida de lo posible vienen redactándose documentos normativos que regulan distintas técnicas o procedimientos en cada especialidad y en cada centro, en función de sus particularidades”²⁰

La autora considera que “la principal ventaja que implica acudir al criterio de la *lex artis* es que con ello se prescinde de la apreciación subjetiva, conduciendo a que la acción médica se compare con una conducta tipo o modelo que se toma como unidad de medida, presuponiendo que es como hubiese actuado un profesional prudente y conocedor de la ciencia y las técnicas exigibles en esas circunstancias en su profesión. Sin embargo, tal valoración es extremadamente delicada, pues al ser la medicina una ciencia experimental, no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos permita llegar a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento - a pesar de que quepan otros igual o más correctos, aunque no tengan un uso tan generalizado.”²¹

¹⁸ Como ejemplo de ello resulta interesante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS: 2014:2039). En este caso el cliente se somete a una intervención estética abdominoplastia en la cual sufrió lesiones cerebrales irreversibles de encefalopatía a causa de una vulneración de la *lex artis* por parte del anestesista.

¹⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 56.

²⁰ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., pp. 56-57.

²¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 58.

3. CIRUGÍA PLÁSTICA VS. CIRUGÍA ESTÉTICA

El elemento diferenciador entre cirugía plástica y cirugía estética es el procedimiento para llevar a cabo, “pues ambos son realizados por el mismo especialista y pueden llevar a confusión al momento de determinar finalmente su responsabilidad en uno u otro acto”, tal y como indica OCAMPO OLARTE²².

Según este autor “la cirugía plástica tiene una finalidad muy diferente a la estética, pues busca reconstruir una alteración anatómica, reparar las deformidades y la corrección por medios quirúrgicos de los defectos funcionales de procesos congénitos o adquiridos por traumatismos, infecciones, tumores, enfermedades, o simplemente involutivos que requieren reparación o reposición de estructuras superficiales que afectan a la forma y función corporal, por medio de técnicas basadas en el trasplante y movilización de tejidos, en la utilización de injertos, plastias e implantes.”²³

Más adelante, con cita de JIMÉNEZ LONDOÑO, afirma que “la cirugía estética es la rama de la cirugía plástica que “mejora y resalta la belleza de lo que ya se considera “normal”, es decir, no hay deformidades mayores ni pérdida de función”.²⁴

Señala también que “en este tipo de cirugías, el paciente no presenta una patología física previa, solo busca un perfeccionamiento estético de su apariencia. Esta área comprende los tratamientos quirúrgicos que tienen por objeto mejorar o restaurar la apariencia, manteniendo, mejorando la correcta funcionalidad. Estas cirugías son siempre electivas, no hacen parte de una terapéutica sino del deseo personal del paciente de cambiar alguna parte sana de su cuerpo dentro de unos parámetros estéticos elegidos.”²⁵

Tal y como indican AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA que “desde el punto de vista jurídico, es necesario la distinción entre las diferentes aplicaciones de la cirugía debido a que no todas las intervenciones podrán ser prestadas por un sistema de sanidad pública. En tanto que, el 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 establece en este sentido, la no inclusión de *aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosméticas, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares*. Quedando patente, que, sólo se cubrirán aquellas intervenciones de cirugía plástica reparadoras, y no, las estéticas.”²⁶

3.1. La cirugía estética, ¿contrato de obra o de servicios?

Desde un primer momento, alrededor de los años noventa, se entendía que toda intervención de medicina curativa consistía en una obligación de medios, dando

²² OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 5.

²³ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 5.

²⁴ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 5.

²⁵ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 5.

²⁶ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 1.2.

lugar a un contrato de servicios. Estos medios, como se ha expuesto anteriormente, deben aplicarse a través de la *lex artis ad hoc*, así como con prestación de la mejor negligencia y cautela posible por parte de los profesionales médicos.²⁷

Fue en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1950 donde se hacía una primera aproximación de la cirugía estética como contrato de obra por un supuesto de reducción mamaria, en la que se estableció que el convenio establecido entre paciente y clínica, basado en una operación de cirugía estética con el propósito de rectificar defectos corporales de forma, asemejaba esta relación en mayor medida el contrato de obra que al arrendamiento de servicios.²⁸

GÓMEZ RUFIÁN expone que “así, con esta breve mención, apenas argumentada, se introdujo la asimilación cirugía estética-contrato de obra que, décadas después desplegaría una constante confusión sobre el encaje jurídico de esta disciplina en el derecho de daños”²⁹

Continuando con la línea jurisprudencial que veníamos estudiando en el pronunciamiento anterior, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991 (RJ 1991/2697) se resuelve un supuesto de generación de secuelas maxilofaciales en cirugía satisfactiva correctora de otras operaciones previas, dejando secuelas de parálisis labial y desviación del mentón hacia la derecha y una perturbación a la hora de masticar.³⁰ Esto fue objeto de debate en cuanto a la responsabilidad por parte del facultativo que realizó la intervención, generando dos opciones: la primera, que el profesional no actuó bien y, por consiguiente, no se consiguió lo que se pretendía conseguir o bien se produjo un error produciéndose un daño.

Llegados a este punto, la doctrina del contrato como arrendamiento de obra iniciada primeramente en 1950, se había visto articulada a la vista de los dos pronunciamientos anteriores.³¹

Por otro lado, en lo que respecta a la medicina voluntaria o satisfactiva, especialmente la cirugía estética, se entendía asimismo, de forma rotunda, que este tipo de actividad médica vendría ligada por medio de un contrato de obra, cuyo fin último sería la satisfacción del paciente (cliente) de un resultado concreto.³²

Sin embargo, a pesar de la denominación de este tipo de contratos en la cirugía estética como arrendamiento de obras, se tiende a priorizar, al mismo tiempo, también, la obligación de medios basada en la conocida *lex artis ad hoc*, de la cual, siempre el médico deberá atender a sus deberes y obligaciones para una

²⁷ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 2.1.

²⁸ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, ob. cit., p. 192.

²⁹ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, ob. cit., p. 192-193.

³⁰ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, ob. cit., p. 192.

³¹ GÓMEZ RUFIÁN, Luis, ob. cit., p. 191.

³² AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 2.2.

buena praxis.³³ Es por ello que debe entenderse próxima al arrendamiento de servicios del que es característica típica la configuración de la prestación como obligación de medios.

3.2. La obligación del cirujano estético como una obligación de medios

Frente a una etapa inicial que se consideró que comportaba una obligación de resultado, desde hace varios años se viene considerando que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado que se persigue, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por parte del médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución concurrida. Este argumento ha sido reiterado en numerosas ocasiones, desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo 2007 (2007/4667) hasta la de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021/5664).³⁴

Esta línea jurisprudencial que venimos mencionando no ha sido del agrado para muchas audiencias provinciales, que ven con mayor dificultad para que el facultativo que haya causado daños al paciente pueda ser condenado, de ahí a que el TS estime que el contrato que liga al cirujano estético y al paciente sea un contrato de obra o un contrato de arrendamiento de servicios aproximado al de obra.³⁵

ARNAU MOYA expone que la 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 aquél³⁶.

En este sentido, se admite la inversión de la carga de la prueba en el caso de concurrir daño desproporcionado o del incumplimiento de los deberes de información. Solo en la existencia de estas dos excepciones que permiten presumir la culpa del cirujano estético se coincide con la doctrina anterior de la responsabilidad del resultado.³⁷

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que los actos de medicina satisfactiva no comportan por sí solos la garantía del resultado perseguido, salvo que se haya asegurado tal resultado.³⁸ Existen numerosas sentencias de cirugía

³³ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 2.2.

³⁴ ARANU MOYA, F. “Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1956-1991. p. 1980.

³⁵ ARANU MOYA, F. “Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 1956-1991. p. 1981

³⁶ ARNAU MOYA, Federico: “Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 18, 2023, p. 1981.

³⁷ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1981.

³⁸ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1984.

estética donde se exime de responsabilidad al cirujano al haberse producido algún tipo de contratiempo, daño o resultado no deseado en la intervención. Ejemplo de esto lo podemos observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2925), donde se realiza una rinoplastia y durante la intervención el paciente anestesiado sufre un vomito que le deja sin respiración durante cuatro minutos entrando en coma irreversible y quedando sumido en vida negativa. Se estima en esta sentencia que no concurre negligencia habiéndose acogido el profesional correctamente a la *lex artis ad hoc*.³⁹

Otra sentencia que interesante es la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, donde nuevamente se absuelve al facultativo en un caso de mamoplastia con implantación de prótesis que por anestesia epidural provoca paraplesia (“síndrome de cola de caballo”). No concurre existencia de responsabilidad medica porque, como hemos venido diciendo, en la medicina voluntaria la responsabilidad del profesional es de medios y no de resultados.⁴⁰

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 en los centros médicos por tratarse de un tema de responsabilidad del fabricante.⁴¹ En este sentido, debe diferenciarse entre responsabilidad del fabricante por daños provocados por medicamentos o productos defectuosos⁴², de la responsabilidad del facultativo -directamente o a través del centro sanitario- por daños provocados por el servicio quirúrgico prestado.

En todo caso, resulta compleja la exigencia responsabilidad por parte del facultativo ante casos de cirugía estética. Una de las pocas vías para poder exigirla es la falta de consentimiento informado en los casos de los que se hayan producido daños derivados de la intervención, lo cual no iba a tener una trascendencia relevante de cara a futuro ya que la gran mayoría son conscientes de que han de cumplir con la obligación del consentimiento informado.⁴³

Como concluye CAYÓN DE LAS CUEVAS, el médico satisfactivo solo “responde del resultado pretendido si éste se acordó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado (...). Para poder conocer si existe pacto sobre el resultado perseguido –circunstancia especialmente compleja dado que habitualmente no existirá una estipulación contractual que así lo establezca–, juega un importante papel la publicidad como elemento determinante de la obligación médica, atendiendo a su carácter vinculante”.⁴⁴

³⁹ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1984.

⁴⁰ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1984.

⁴¹ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1986.

⁴² Ver CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., “Defectos de diseño de los medicamentos: bases del régimen de responsabilidad por daños en la Unión Europea”, en JAEGER JÚNIOR A., DIEDER REVERBEL C., y MARTINI S.R., *O movimento do saber: uma homenagem para Claudia Lima Marquês*, Editora RJR, Porto Alegre, 2017, pp. 369-378.

⁴³ ARNAU MOYA, Federico, ob. cit., p. 1987.

⁴⁴ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La prestación ...*, ob. cit., p. 455.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CIRUJANO

Tratar la responsabilidad civil del cirujano requiere el estudio de la teoría general de la responsabilidad civil sanitaria en general, que nace en el momento en el que el paciente sufre un daño por el facultativo (en nuestro caso, cirujano estético) por no actuar correctamente o no utilizar los medios adecuados.

4.1. El acto médico

Se denomina relación médico-paciente al acto médico donde el facultativo garantiza la disposición de todos los medios necesarios que estén a su alcance para llevar a cabo una intervención médica o quirúrgica partiendo de una base técnica, diligencia y cuidado personal que beneficie al paciente al cual debe de informar en todo momento de los posibles riesgos y complicaciones inherentes para que el paciente después autorice o no a realizar las acciones propias de su ejercicio a través de lo que llamamos consentimiento informado.⁴⁵

Partiendo de esta base, se puede considerar que todo acto médico trae consigo unas consecuencias de índole jurídica, puesto que se va a llevar a cabo entre dos sujetos y tiene por objeto la vida o la salud de una de las partes que es en este caso el paciente; así afirma OCAMPO OLARTE, con cita a YEPES RESTREPO, que el resultado del actuar del médico va sujeto con una ley por incidir sobre un sujeto de derechos, por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos⁴⁶.

OCAMPO OLARTE explica el criterio de RUBIO conforme al cual esta relación entre el facultativo y el paciente determina una relación jurídica, un tipo de contrato entre ambas personas. Para entender entonces este acto médico desde la visión contractual, se define que un contrato es un acuerdo de voluntades entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidas. En esta relación se presenta la concurrencia de “dos intenciones claras y precisas que se dan encuentro a través de la actividad del facultativo, tal como ocurre con una transacción o un contrato, donde similarmente se articulan dos intenciones sobre algo que se contrata).”⁴⁷ Por tanto, podemos decir que es un acuerdo de voluntades que genera tanto derechos como obligaciones para las partes⁴⁸.

Este mismo autor señala que “considerando entonces que la relación médico-paciente es un acto o negocio jurídico, debe tener dos elementos fundamentales: a) la manifestación de voluntad, que puede ser de uno o más agentes; y b) el objetivo específico de la producción de efectos jurídicos que lleva al cumplimiento de obligaciones de los contratantes”⁴⁹. Cuando los actos jurídicos reúnen los requisitos necesarios que condicionan su existencia y validez, sus estipulaciones libremente consentidas revisten, para los agentes para los

⁴⁵ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 5.

⁴⁶ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

⁴⁷ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

⁴⁸ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

⁴⁹ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

agentes y también para los jueces encargados de aplicarlas, fuerza vinculatoria semejante a la de la propia ley dictada por el Estado.⁵⁰

Se puede decir que esta relación por lo general suele ser consensual, pues se lleva a cabo a través del acuerdo de voluntades de los contratantes, sin que exijan formalismo alguno para su validez, así como tampoco la observancia de solemnidades definidas en la ley para su asistencia.⁵¹

Hay que diferenciar una serie de características del acto médico que son cuatro que lo distinguen: 1) La profesionalidad, ya que únicamente es el médico el que puede efectuarlo. 2) La ejecución típica, es decir, conforme a la denominada *lex artis ad hoc* de la cual hablé con anterioridad, sujeta a las normas por excelencia. 3) El tener por objetivo la curación o rehabilitación del paciente. 4) La ilicitud, lo que viene siendo la concordancia con las normas legales⁵²

Como norma general, los actos médicos van predichos de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y, por lo contrario, si lo incumple, genera obligaciones. Hay que advertir también que tratándose de una obligación de medios y no de resultados, el acto jurídico se cumple a cabalidad siempre que el médico haga lo que se debe de hacer.⁵³

Tal y como señala este mismo autor, según las palabras del jurista Vidal Olivares, el contrato es donde se fundamenta lo citada responsabilidad civil médica, y que la infracción culpable de la prestación es objeto de este acarrea una responsabilidad que es contractual.⁵⁴

También afirma que una de las características del acto médico es que, generalmente, no se concreta en un solo momento, sino que es de ejecución sucesiva (con cita de Ospina Fernández y Ospina Acosta,), pues en la mayoría de los tratamientos médico-quirúrgicos se requieren valoraciones posteriores al acto inicial. En los casos quirúrgicos una valoración del cirujano y del anestesiólogo, y en la intervención quirúrgica programada la atención postquirúrgica, sea intrahospitalaria o ambulatoria, hasta que se resuelva la condición que llevó a la contratación de los servicios médicos por parte del paciente con el profesional de la salud. Este tipo de diligencia que se le exige al profesional es un modelo de conducta propia de su condición, denominado pericia, pues no puede confundirse con la simple diligencia del obrar cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención (con cita de Vidal Olivares, 2003), por tratarse de una diligencia alejada de la general.⁵⁵

4.2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

⁵⁰ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

⁵¹ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 6.

⁵² OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 7.

⁵³ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 7.

⁵⁴ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 7.

⁵⁵ OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo, ob. cit., p. 7.

En lo que respecta a la relación médico-paciente, la relación puede ser contractual o extracontractual. Para atender al caso concreto que nos ocupa, y establecer una relación u otra, se deberá prestar atención en primer lugar al contenido que dicha relación sostiene entre médico y paciente⁵⁶

Es necesario en lo que respecta a la responsabilidad contractual que se cumplan dos requisitos: que entre las partes exista un contrato o lo que se llama una relación contractual, y que el daño que se ha producido sea debido al incumplimiento o una mala praxis de las obligaciones derivadas del contrato.⁵⁷

Esta responsabilidad viene regulada en los artículos 1.101⁵⁸ y siguientes CC. Como ejemplo de esta regulación, resulta apropiado mencionar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de marzo de 2016. En este caso se produce el incumplimiento en materia contractual, considerando que la intervención quirúrgica del facultativo no se ajustaba a los términos legales de la *lex artis ad hoc*⁵⁹ incurriendo el facultativo en un error a la hora de implantar unas prótesis mamarias, produciéndose la caída de estas y por consiguiente, una deformidad.

Así, como recuerdan AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA, de acuerdo con el art.1261 CC no hay contrato sino cuándo concurren tres requisitos: 1º consentimiento de los contratantes; 2º objeto cierto material del contrato; 3º causa de la obligación que se establezca.⁶⁰

En este sentido hay que tener en cuenta que normalmente esta relación médico-paciente está fundamentada en un acuerdo de voluntades, especialmente, en un contrato de servicios médicos cuyo incumplimiento genera una responsabilidad civil. Es por esto que el consentimiento del paciente es un punto clave en lo que concierne al ámbito de la responsabilidad civil médica. Sucesivamente, la actuación negligente del facultativo, es decir, el incumplimiento del contrato dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en aplicación a los artículos 1124.2- EDL1889/1-⁶¹

AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA advierten que: “habrá que diferenciar los supuestos de contratos de arrendamientos de servicios o de obras, en tanto que sus obligaciones son dispares. Así, en el caso del arrendamiento de servicios se genera responsabilidad civil por la vulneración de los deberes de la conducta comprendidos en la *lex artis* del profesional. (...) En este negocio jurídico interviene, por un lado, el profesional médico que es el arrendador del servicio profesional; y por otro lado, el cliente (el paciente), que es el arrendatario y que se obliga a pagar el precio cierto (art.1546 CC). En este contexto, nace una obligación de medios o de mera actividad (...) por lo que quedará exonerado

⁵⁶ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

⁵⁷ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

⁵⁸ “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”

⁵⁹ Explicada en el epígrafe 3.2. del presente trabajo

⁶⁰ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

⁶¹ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

de responsabilidad frente al cliente si cumple con la diligencia exigida en su profesión médica (*lex artis ad hoc*), sin que deba garantizar un resultado”⁶²

No obstante, el contrato de ejecución de obra, el médico o la clínica se comprometería con el cliente a realizar una obra o trabajo mediante el pago de un precio, de este modo, se requiere la consecución de un resultado esperado. Esta responsabilidad tendrá lugar por no realizarse el resultado que se pactó desde un primer momento debido a que el arrendamiento de obra es un contrato bilateral con obligaciones recíprocas. Así viene estipulado en el artículo 1.544 CC⁶³. Asistente al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación *in natura*⁶⁴, realizando las obras de corrección indispensables por sí o a su costa, tal y como previenen los artículos 1.091 y 1.908 CC. Esta reparación debe cubrir todo el daño o desequilibrio patrimonial sufrido por el comitente acreedor, a causa del incumplimiento del contratista⁶⁵

4.3. Responsabilidad extracontractual

Por otro lado, tenemos la responsabilidad extracontractual, la cual parte de situaciones extremas en las que el paciente no presta un consentimiento previo, ni de forma expresa o verbal, o mediante un representante. Como ejemplo podemos referirnos a los casos en los que el facultativo debe prestar sus servicios a quien ha sufrido un accidente; o un paciente que encontrándose en una situación mental específica y especial, no puede prestar su consentimiento.⁶⁶

Estos casos de responsabilidad civil extracontractual vienen regulados en los artículos 1.902⁶⁷ y 1.903⁶⁸ CC.

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2536) se ve una clara vulneración de los artículos 1.902 y 1.903 CC en materia de responsabilidad extracontractual.

Los fundamentos que motivaron a la interposición de este recurso de casación fue la actuación negligente en varias ocasiones por parte de los facultativos en el momento en el que la paciente acude al servicio de urgencias con fuertes

⁶² AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

⁶³ Artículo 1544 del Código Civil, RD 24 de Julio de 1889 “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”

⁶⁴ CENDOJ, Audiencia Provincial, SAP A 1681/2017 - ECLI:ES: APA:2017:1681, “La reparación “in natura” consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso”

⁶⁵ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.A.

⁶⁶ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.B.

⁶⁷ Artículo 1902 CC:” El que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

⁶⁸ Artículo 1903.5 CC” Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.”

dolores abdominales con un primer diagnóstico de infección urinaria que días más tarde se convirtió en un tumor en el ovario, siendo trasladada a la UCI y quedando como consecuencia de lo anterior numerosas secuelas, entre ellas parálisis facial derechos, infartos cerebrales y un grado total de minusvalía del 70% con movilidad reducida reconocida a día de hoy.

Tal y como establece la sentencia:

“Constituye, en definitiva, el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, cuyo incumplimiento fue a la postre determinante de la posterior evolución del paciente, lo que permite atribuir la responsabilidad al centro médico y a la aseguradora sanitaria por aplicación del artículo 1.902 del CC, cuando le es directamente imputable una prestación del servicio irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control del servicio. Estamos más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde”⁶⁹

Aparte de lo anteriormente mencionado, se demuestra un nexo causal entre la omisión de los demandados y el daño provocado y, en definitiva, estamos ante un claro ejemplo de responsabilidad civil extracontractual y un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* por una mala actuación por parte del centro médico.

Es interesante también hablar en este sentido de los plazos de prescripción (de los cuales entrare en detalle en el siguiente apartado del presente trabajo) dentro de la responsabilidad extracontractual en base a los artículos 1.964⁷⁰ y 1.968⁷¹ CC, tal y como ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2011:9335) en el que se presume ausencia de responsabilidad extracontractual al no haberse ajustado a los plazos de prescripción.

Tal y como afirman AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA “cabrá establecer como relación extracontractual los casos en que el médico actúa atendiendo a una víctima que se encuentra en una situación de urgencia vital y lo hace motivado por su juramento hipocrático. Más frecuentes son los supuestos en los que el contrato se realiza con la clínica o el centro médico y es esta la que designa a un médico para realizar la atención al paciente ocasionándole un daño el tratamiento o la intervención. En tal caso, se podrá exigir una responsabilidad contractual a la primera y extracontractual al galeno”⁷².

⁶⁹Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2536).

⁷⁰Artículo 1964.2 CC: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”

⁷¹Artículo 1968 CC: “establece el plazo de prescripción de un año para las acciones fundadas en la responsabilidad extracontractual que contempla el art. 1902 del propio Código Civil”

⁷² AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.B.

No obstante, el ámbito de la cirugía estética la responsabilidad será normalmente contractual, en la medida en que las operaciones quirúrgicas satisfactivas se articulan a través de un contrato.

4.4. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y CONCURRENCIA

Como se señaló anteriormente, cuando se haya incurrido en negligencia médica por parte del facultativo, a la hora de reclamar en materia de responsabilidad médica, el paciente/cliente, deberá conocer el tiempo del que dispone para reclamar por los daños sufridos. Siempre y cuando se actúe fuera de estos plazos de prescripción, no cabe la reclamación de responsabilidad sanitaria, diferenciando bien una responsabilidad contractual o extracontractual.

En el caso de la responsabilidad contractual el plazo de prescripción es de cinco años, a tenor del artículo 1.964 CC, tal y como se indicó anteriormente; mientras que el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual es de un año desde que se origina/ conoce el daño, de conformidad con el artículo 1.968 CC.

Son dos los criterios que vienen determinando la responsabilidad civil del profesional en este ámbito. Por un lado, un criterio subjetivo consistente en la actuación culposa del profesional en el desempeño de sus funciones, cuando precisamente dicha culpa ocasiona daños a un tercero.⁷³

4.4.1. Responsabilidad civil por hecho propio

Siguiendo a AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA, se entiende que responde por hecho propio, el facultativo que produjo o causó la negligencia, acción ilícita y daño al paciente/cliente. En este sentido, para fundamentar y probar tal actuación, será necesario atender a los deberes y obligaciones que sostiene la *lex artis ad hoc*, basados, principalmente, en los conocimientos actuales de la ciencia médica, así como una buena utilización de medios. Al mismo tiempo, se deberán atender los protocolos médicos, los cuales, delimitarán la correcta ejecución de la actividad médica realizada. De este modo, no será responsable por los riesgos atípicos ni tampoco cuando en su actuación hubiera utilizado uno de los procedimientos o de las técnicas válidamente alternativas.⁷⁴

4.4.2. Responsabilidad civil por hecho ajeno

El centro donde el médico lleva a cabo la actividad puede incurrir en responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, en virtud de la cual la empresa para la que presta sus servicios el facultativo que causa el daño responde ante el dañado.⁷⁵

⁷³ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.2.

⁷⁴ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.2.

⁷⁵ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.2.

Así que estamos ante la posibilidad de que surjan dos responsabilidades autónomas, la del centro sanitario y la del médico empleado, dando pie a que el perjudicado interponga demanda al titular del mismo y/o al sujeto que causa el daño en base a los criterios de imputación de responsabilidad. El titular del centro sanitario va a responder de todos los daños que le sean imputables tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. En el caso de la responsabilidad del centro sanitario, ya sea a través del empresario o de sus directivos, tendrán la facultad posterior de repetir la acción frente al empleado que realizó la actuación causante del daño conforme a lo establecido en el art.1.904 del CC.⁷⁶

5. EL DEBER DE INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO.

El consentimiento y la información se han considerado instituciones independientes una de la otra, pero suelen ser tratadas de forma conjunta. Por ello vamos a realizar un análisis por separado de cada una de ellas.

5.1. El deber de información

Jurisprudencialmente se ha considerado que el deber de información va ligado a la *lex artis ad hoc* (establecido así en la Ley General de Sanidad⁷⁷ y Ley de Autonomía del Paciente⁷⁸), como deber del médico y consiguiente derecho del paciente que tiene como finalidad que pueda adoptar sus propias decisiones)⁷⁹ Como derecho del paciente, la jurisprudencia lo relaciona con la dignidad de la persona⁸⁰

En cuanto al contenido de la información, HURTADO DÍAZ-GUERRA indica que aunque la Ley de Autonomía del Paciente circunscribe su regulación a las intervenciones, al señalar en su art. 4.1 que comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias; sin embargo, la propia Ley (al igual que otras autonómicas), establece que el paciente tiene derecho a obtener toda la información obtenida sobre su propia salud en cualquier proceso asistencial.”⁸¹

La ley en este caso trata de ser más concisa a la hora de obtener un consentimiento, indicando que el profesional responsable deberá ponderar, en cada caso, que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario tiene que ser el previo consentimiento, y, por lo tanto, la información. La jurisprudencia señala que hay que ponderar, por su parte, la información que hay que suministrarse, incluyendo en ella los riesgos típicos y atípicos, pero no

⁷⁶ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.2.

⁷⁷ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que garantiza la protección del derecho a la salud

⁷⁸ Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 304.

⁸⁰ Artículo 10 de la CE. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

⁸¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 305.

todos, sino los que puedan tener relación con las especiales circunstancias del paciente, así como los riesgos extraordinarios y las alternativas de tratamiento.⁸²

Por otro lado, el contenido de la información, al igual que el resto de los actos médicos, viene modulado por el estado de los conocimientos, pues conocimiento e información han de ir unidos, determinando por tanto el estado de la ciencia, también aquí, la antijuricidad de las *lex artis* en su vertiente informativa.⁸³

Así, como expone HURTADO DÍAZ-GUERRA, el Tribunal Supremo ha señalado que la información necesaria para que el paciente pueda llegar a la adopción de una libre decisión no comprende “*aquello que no es conocido o carece de consenso por la ciencia*”, añadiendo que el deber de información no ampara la exigencia de la información de los riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica.⁸⁴

Los tribunales indican que, como regla general, ha de proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica; debe de ser exhaustiva, suficiente, veraz y correcta y suministrarse de forma clara y comprensible. Solo con estos caracteres se puede garantizar la autonomía de la voluntad y ser apta para recabar el consentimiento del que venimos hablando.⁸⁵

En la gran mayoría de los casos en los que los pacientes/clientes deciden reclamar a la administración es por la falta de información, bien sea por las diferentes personalidades de los profesionales, por presión asistencial o por otros motivos.

No obstante, hay que diferenciar dos tipos de situaciones en las que se exime de responsabilidad a la administración, tal y como indica HURTADO DÍAZ-GUERRA:

- La renuncia documentada del paciente a ser informado (lo que no excluye la obligación de obtener su consentimiento).
- Las situaciones de urgencias, en las que prima la urgencia vital ante el derecho del paciente, por cuanto cualquier demora podría ocasionar una grave consecuencia para la salud del enfermo. Sobre esta excepción volveremos más adelante para explicar sus matices.⁸⁶

En el ámbito de la medicina satisfactiva y, por tanto, en la cirugía estética, existe una exigencia de información más exhaustiva que la requerida en la asistencia sanitaria curativa. En este sentido, los tribunales otorgan una gran importancia al deber de información al paciente, hasta el punto de convertirlo en el criterio distintivo real entre medicina satisfactiva y curativa a efectos responsabilísticos⁸⁷.

⁸² HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 305.

⁸³ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 305.

⁸⁴ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 305.

⁸⁵ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 305.

⁸⁶ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 306.

⁸⁷ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, *La prestación ...*, ob. cit., p. 454-455.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero de 2017 (RJ 2017, 583):

“Es reiterada jurisprudencia de esta sala que exige una información más rigurosa para la adecuada formación de un consentimiento informado en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria, como es el caso, que en los de cirugía necesaria, curativa o asistencial, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma”.

5.2. El consentimiento informado

Es en la Ley de Autonomía de Paciente de 2002⁸⁸ en su artículo 3 donde 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.

El Tribunal Supremo califica el consentimiento informado como un bien moral susceptible de ser resarcible, haciendo hincapié en que ello no debe suponer un mero formalismo, y en el peligro de que se convierta en un mero trámite, perdiendo su esencia jurídica.⁸⁹

AGÓN LÓPEZ expone que “no puede emitirse un consentimiento que no vaya precedido de la información cabal que permita al paciente dar su conformidad al acto médico. Existe un deber de información que hace parte de la *lex artis*, dentro de las técnicas del buen hacer médico, y que es una exigencia emanada de la buena fe.”⁹⁰

Aplicando esto a la práctica, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TC:2011:37) podemos ver una clara vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE⁹¹), que va ligado con los derechos a la integridad física y a la libertad (artículos 15⁹² y 17.1 ⁹³ de la Constitución Española) en la

⁸⁸ Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁸⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 307.

⁹⁰ AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: “*Consentimiento informado y responsabilidad médica*”, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2016, p. 16.

⁹¹ Artículo 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”

⁹² Artículo 15 CE “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra

⁹³ Artículo 17.1 CE:” Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley

que el paciente sufre una pérdida funcional total de la mano derecha al haberle realizado un cateterismo cardiaco sin el previo procedimiento de información de los riesgos que pueden conllevar dicho procedimiento ni se hubiese recabado el consentimiento para la práctica de la misma.

Así expone también AGÓN LÓPEZ en el ámbito administrativo la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido que el defecto del consentimiento informado constituye un incumplimiento de la *lex artis* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario [Sentencia del Tribunal Supremo de 1 febrero 2008 (RJ 2008, 1349) y Sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre 2007 (RJ 2007, 7321)]⁹⁴

El consentimiento informado va ligado a una serie de presupuestos que tiene que cumplir para que sea totalmente lícito. Así son la voluntariedad, la información y la competencia.

Con carácter general el consentimiento debe ser prestado por el paciente como titular del derecho a decidir, siempre y cuando tenga la capacidad natural suficiente, en atención a si está en condiciones de determinarse libremente sobre algo que puede alterar el normal funcionamiento de su vida, como es la intervención quirúrgica en materia de cirugía plástica o un acto invasivo.⁹⁵

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de marzo de 2011(EDJ 2011/18185) declaró que el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación⁹⁶

Como defienden AZNAR DOMINGO y AFONSO PASQUA, “la correlación de ello son los casos de medicina curativa donde se exige de información, siendo, por ejemplo, los casos de extrema urgencia. Ello es así dado que la necesidad de asistencia resulta ser tan inmediata, que no cabe la información ni el consentimiento previo. Sin embargo, estos casos solo ocurren en la medicina asistencial, dado que la medicina voluntaria o satisfactiva siempre va a ser meditada y planificada, donde se necesita un tiempo suficiente de reflexión por parte del paciente/cliente. El tiempo adquiere una gran relevancia, ya que la información debe darse con la suficiente antelación para que el paciente pueda valorarla y tomar una decisión acorde con sus intereses”⁹⁷

Completando lo mencionado en el anterior párrafo, hay una serie de supuestos en los que se exige al facultativo de recabar el consentimiento informado, los cuales vienen recogidos en el artículo 9.2 de la Ley de Autonomía del Paciente:

⁹⁴ AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo, ob. cit., p. 17

⁹⁵ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 308.

⁹⁶ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.3.

⁹⁷ AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel, ob. cit., punto 3.3.

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas: Primando en estos supuestos los intereses colectivos, pueden adoptarse medidas urgentes sin consentimiento; sin perjuicio de lo cual, deberán ser comunicadas a la autoridad judicial en 24 horas, si conllevan el internamiento obligado de personas.
- Situaciones de urgencia vital: Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, al suponer la tardanza en la asistencia un peligro o una pérdida irreparable de la salud. Sin perjuicio de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas derecho a él.
- Supuestos conflictivos, tales como huelga de hambre, transfusiones de sangre, eutanasia: Prima en estos casos el deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del enfermo, adoptando las medidas necesarias para protegerlos.⁹⁸

6. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE INFORMACIÓN

Como hemos señalado en el punto anterior, el papel del consentimiento informado se presenta en el ámbito de la responsabilidad patrimonial con una doble virtualidad. Por un lado, su existencia de forma válida trae consigo la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes que puedan surgir durante la intervención y por otro lado, su omisión o su insuficiencia supondrá, en muchos de los casos, que el paciente no tenga por qué soportar los daños surgidos, generando así una responsabilidad.⁹⁹

No obstante, como afirma HURTADO DÍAZ-GUERRA: “los efectos del Consentimiento Informado en ambas vertientes no son ilimitados, por cuanto, como vamos a ver, ni su inexistencia conlleva automáticamente responsabilidad, ni su existencia libera siempre de la misma”¹⁰⁰

Dentro del consentimiento informado, donde más problemática hay es en la determinación de las consecuencias jurídicas de la infracción a ese derecho, y en concretar la indemnización que corresponde. Hablamos de “infracción” cuando existe la vulneración de un deber del profesional hacia el paciente expresamente preceptuado que, aunque se traduce a un daño moral que atenta contra la autonomía de la voluntad del paciente, muchas veces dar lugar a una respuesta casi sancionadora.¹⁰¹

Como indica HURTADO DÍAZ-GUERRA, la “infracción” o vulneración del consentimiento informado puede presentarse a través de diversos supuestos de hecho:

- La omisión del documento de consentimiento informado (es decir, cuando se interviene sin haber firmado el consentimiento correspondiente).

⁹⁸ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., pp. 313-314.

⁹⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 317.

¹⁰⁰ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 317.

¹⁰¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 318.

- Existencia de consentimiento, pero con omisión de información en alguno de los contenidos requeridos (riesgos, complicaciones, secuelas, alternativas...) equiparándose la insuficiencia del consentimiento por no ser completo con la ausencia del mismo.
- Existencia de consentimiento, pero con defectos en cuanto a la antelación con la que se firma con respecto a la intervención, identificación del médico informante, capacidad de la persona firmante, etc.
- La ausencia en la historia clínica del documento de consentimiento informado, constando no obstante haberse suministrado la información por otras pruebas. En otras palabras, lo que falta es el documento, y por tanto lo que subyace es un incumplimiento por parte del centro sanitario del deber de custodia de la historia clínica completa”¹⁰²

Así todo, como indica HURTADO DÍAZ-GUERRA”, la inobservancia del consentimiento informado viene dada tanto por la omisión propia del mismo, como por no haber recibido una adecuada información previa, por cuanto conlleva que el paciente haya realizado una deliberación errónea basada en esa información sesgada, resultando viciado el consentimiento otorgado. Relacionado con el error que invalida el consentimiento de acuerdo con el Código Civil, tal consentimiento se considera ineficaz y por tanto nulo”.¹⁰³

Aplicando la teoría del consentimiento informado a la cirugía estética, procede señalar que la prestación del mismo deberá ser en forma escrita dada su naturaleza de procedimiento quirúrgico, por así exigirlo el 8.2 de la Ley de Autonomía de Paciente de 2002. Además, deberá proporcionarse al paciente la información cualificada antes señalada.

7. TIPOS DE DAÑO: TEORÍAS EXISTENTES

Como hemos observado hasta ahora, la falta del consentimiento informado genera una serie de responsabilidades por parte del facultativo por una mala praxis del servicio o una complicación en la intervención al no conseguir el resultado deseado.

De la evolución jurisprudencial, podemos extraer diversas teorías que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo sobre la consideración y calificación jurídica del daño, las cuales vamos a hacer una breve mención de cada una de ellas.¹⁰⁴

7.1. Teoría de la falta del nexo de causalidad

Según apunta HURTADO DÍAZ-GUERRA, esta tesis defiende la obligación de indemnizar un daño derivado de una actuación médica requiere la existencia de un nexo causal exclusivo entre la infracción de la *lex artis* en que haya incurrido

¹⁰² HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., pp. 319-320.

¹⁰³ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 320.

¹⁰⁴ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

el profesional médico y el resultado lesivo, no considerando daño aquel que no guarda relación con el acto médico. Aplicando esta teoría con respecto a la infracción de los deberes de información y consentimiento informado, y en ese mismo sentido, el Tribunal Supremo ha expresado que *"la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil"* y ello sin perjuicio de las responsabilidades deontológicas o administrativas que puedan derivarse.¹⁰⁵

La problemática aquí aparece cuando se ha omitido la información o el consentimiento y hay que suponer, en términos de probabilidad, que hubiese pasado si el consentimiento o la información no se hubiesen omitido. De ahí a que, cuando nos encontramos antes este tipo de situaciones, la forma correcta de determinar la relación de causalidad es atender a las probabilidades de rechazo del tratamiento en el caso de que hubiese existido la información adecuada.¹⁰⁶ En resumen, habría que suponer que, si se hubiese prestado el consentimiento o información, el daño no hubiese ocurrido. Así ocurre en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2002¹⁰⁷.

7.2. Teoría de la imputación objetiva

Como hemos visto en el punto anterior, parece discutible que el razonamiento judicial entorno al nexo de causalidad deba establecerse entre falta de información y daño resultante. En cambio, en términos de causalidad material, es la acción médica la que produce el daño y no esa omisión o insuficiencia de información o consentimiento, con independencia de que se haya producido o no la vulneración de la *lex artis*.¹⁰⁸

No obstante, el principio de imputación objetiva se ve moderado en determinadas circunstancias, que llevarían a desestimar la acción de responsabilidad.¹⁰⁹

Por un lado, como afirma HURTADO DÍAZ-GUERRA, "si el Tribunal llega a la convicción de que, aun habiendo sido perfectamente informado, el paciente habría optado de forma inequívoca por someterse a la intervención (con las dificultades que entraña la demostración de una verosimilitud que esté dentro de la certeza moral). Cabe objetar, sin embargo, que de esta forma quedaría impune la falta de información o consentimiento informado; sin embargo, una posible solución sería establecer una condena parcial o incluso simbólica, siendo ésta la opción que observamos están siguiendo los Tribunales y Órganos Consultivos."¹¹⁰

Por otro lado, esta misma autora indica que: "Si el Tribunal llega a la convicción de que la falta de información no dio lugar realmente a ausencia de información (por cuanto el médico no le proporcionó información porque sabía que el paciente

¹⁰⁵ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹⁰⁶ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹⁰⁷ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹⁰⁸ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹⁰⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹¹⁰ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

ya estaba informado). No obstante, a ello cabe objetar que no parece aceptable que la prueba de la información se deduzca por presunciones, máxime cuando los Tribunales son cada vez más exigentes con la obligación de que el consentimiento conste por escrito en la Historia Clínica.”¹¹¹

7.3. Teoría del desplazamiento del riesgo

De acuerdo con esta teoría, la vulneración de la *lex artis*, cuando se produce una falta o consentimiento, el médico está obligado a responder de las consecuencias dañosas de la intervención realizada, por entender que dicha omisión comporta el desplazamiento de los riesgos al médico responsable de dicha infracción. Esto quiere decir que, en aquellos casos en los que pese a ser conforme a la *lex artis* el acto médico, sin embargo se producen secuelas o algún daño, la ausencia de consentimiento informado hace culpable al médico.¹¹²

Sin embargo, como dice la autora HURTADO DÍAZ-GUERRA: “se encuentran pronunciamientos favorables a hacer asumir al facultativo las consecuencias lesivas de su desinformación y también contrarios a tal opinión, entrando en contradicción ambas tendencias jurisprudenciales, lo que impide la consolidación de una línea clara que acabe con la confusión reinante en ésta y otras muchas cuestiones.”¹¹³

7.4. Teoría de la pérdida de oportunidades

Esta teoría sostiene que aquellos casos en los que, a pesar de una buena praxis médica, se materializa alguna secuela o complicación que debió ser advertida al paciente antes de prestar su consentimiento, la ausencia o defectuosidad del Consentimiento Informado no constituye un daño moral resarcible por lesión del derecho de autodeterminación, con independencia del daño corporal, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo posible y su posterior materialización. Por lo cual, la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han producido y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente.¹¹⁴

Para concluir, hemos podido observar que la privación de información o consentimiento comporta una pérdida de oportunidades para el paciente, que el Tribunal debe ponderar en función de las circunstancias concurrentes, modulando proporcionalmente la responsabilidad según cual haya sido el daño padecido. De tal forma, que para cuantificar la pérdida del derecho de haber decidido, deberá tenerse en cuenta el acto médico realizado, las consecuencias naturales de su dolencia, así como las opciones disponibles. Así pues, la pérdida de oportunidad de elección habría de calcularse en función del daño biológico, multiplicado por el porcentaje de posibilidades que tenía el paciente de sustraer a la operación realizada diligentemente.¹¹⁵

¹¹¹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 321.

¹¹² HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 324.

¹¹³ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 324.

¹¹⁴ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 328.

¹¹⁵ HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel, ob. cit., p. 329.

8. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo y después de todo lo expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. Desde mediados del siglo pasado, hemos podido observar que la cirugía estética ha ido evolucionando a medida que se han ido implantando nuevos cánones de belleza en nuestra sociedad. Cada vez son más las personas que se sometían a intervenciones de cirugía estética cuya finalidad era el perfeccionamiento del aspecto físico, resultando innecesario desde el punto de vista terapéutico. Al igual que se ha ido ampliando este abanico, también han ido surgiendo diferentes problemáticas a nivel doctrinal y en materia de responsabilidad que se ha ido explicando a lo largo del presente trabajo. Para dar una respuesta a todo ello, se ha pretendido establecer una serie de diferenciaciones partiendo de unos conceptos básicos de forma estructurada.

Segunda. Desde el punto de vista jurídico, la doctrina distingue entre medicina curativa o asistencial y medicina satisfactiva o voluntaria.

La medicina curativa tiene como función principal la curación y el mejoramiento de cualquier anomalía patológica que pueda sufrir el paciente, salvaguardando siempre la salud de este. En cambio, el objeto principal de la medicina satisfactiva no es el de la curación de una dolencia patológica, pues el interesado acude al médico para el mejoramiento de la apariencia física. Esto es así en tanto que dentro de la medicina satisfactiva no hablamos de pacientes sino de clientes.

Otra de las distinciones que se observan en el presente trabajo es la de cirugía estética y plástica, siendo las dos practicadas por el mismo profesional, pero con un elemento diferenciador. La cirugía estética busca la reconstrucción de deformidades de origen congénito con pérdidas funcionales derivadas de traumatismos o algún otro tipo de dolencias patológica mientras que la cirugía plástica simplemente tiene un fin embellecedor, es decir, no hay deformidades ni pérdida de función, se actúa sobre un cuerpo sano.

Finalizando, tanto en la medicina satisfactiva como en medicina curativa se actúa dentro del criterio de la *lex artis*, que básicamente es la actuación correcta del profesional que se aplica a un caso específico.

Tercera. La obligación del cirujano estético es una obligación de medios cualificada. Por un lado, en la medicina satisfactiva existe una exigencia de información más exhaustiva que la requerida en la asistencia sanitaria curativa. Por otro lado, el cirujano estético solo responde del resultado pretendido si éste se acordó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado.

Cuarta. Dentro de la medicina satisfactiva y curativa, al igual que atendiendo a los diferentes tipos de responsabilidades, el deber de información y consentimiento informado son dos de los criterios fundamentales. Aunque jurisprudencialmente son dos instituciones diferentes, ambas tienen que

acogerse a la *lex artis ad hoc*, ya que suelen ser tratadas de forma conjunta. En es

9. BIBLIOGRAFÍA

AGÓN LÓPEZ, Juan Guillermo: “*Consentimiento informado y responsabilidad médica*”, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2016. Disponible en: <https://gredos.usal.es/handle/10366/135700>

ARNAU MOYA, Federico: “Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España” *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 18, 2023, pp. 1956-1991. Disponible en: https://revista-aji.com/articulos/2023/18/AJI18_70.pdf

AZNAR DOMINGO, Antonio/AFONSO PASQUA, Raquel: “La obligación de resultado en la cirugía plástica y estética”, Tribuna de 18 de junio 2021. *El Derecho.com*. Disponible en: <https://elderecho.com/la-obligacion-de-resultado-en-la-cirugia-plastica-y-estetica>

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, La prestación de los servicios sanitarios como relación jurídica de consumo, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., “Defectos de diseño de los medicamentos: bases del régimen de responsabilidad por daños en la Unión Europea”, en JAEGER JÚNIOR A., DIEDER REVERBEL C., y MARTINI S.R., *O movimento do saber: uma homenagem para Cláudia Lima Marques*, Editora RJR, Porto Alegre, 2017, pp. 369-378.

GÓMEZ RUFIÁN, Luis: “Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 32, II, 2015, pp.185-215. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6440/8031>

HURTADO DÍAZ-GUERRA, Isabel: *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz: “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, Nº Extraordinario 1, 2013, p. 222-229. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5072446>

MONTALVO REVUELTA, Pablo: “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 8/2013, pp. 196-208. Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/414>

OCAMPO OLARTE, Juan Guillermo: “¿Existe la obligación de resultado en las cirugías estéticas?” *Revista de Derecho privado*, nº 57, 2017, pp. 1-30.

PARRA SEPÚLVEDA, Darío: *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Getafe, 2014. Disponible en:

https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf