



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster Universitario en Abogacía

Dictamen elaborado por

Andrea Artigas Trillo

Con objeto de

La responsabilidad civil médica en el ámbito de la
cirugía estética

Directora

Prof^a. Dra. María Teresa Alonso Pérez

Facultad de Derecho

2023/2024

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
I. ANTECEDENTES DE HECHO	5
II. INTRODUCCIÓN.....	6
III. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS	7
IV. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE.....	8
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	9
1. CUESTIONES PREVIAS.....	10
1.1. Elementos configuradores de la responsabilidad civil.	10
2. OBLIGACIÓN DE MEDIOS VS OBLIGACIÓN DE RESULTADO EN LA MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA.	11
3. NEGLIGENCIA POR PARTE DE LA CLÍNICA AQUALUM S.L Y/O DE SUS FACULTATIVOS.	15
3.1. Régimen de responsabilidad subjetiva derivada del Código Civil.....	15
3.1.1. El consentimiento informado.....	17
A) Concepto, condiciones y requisitos del consentimiento informado.....	17
B) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil médica en los casos de omisión del deber de información.....	20

C) Incumplimiento del deber de información como infracción de la <i>lex artis</i>	22
3.2. Régimen de responsabilidad objetiva basada en el el artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.....	27
4. EL DAÑO DESPROPORCIONADO.	28
5. ASPECTOS PROCESALES.....	30
5.1. La carga de la prueba de la culpa o negligencia.....	30
5.2. La prescripción de la acción.....	32
5.3. Suplico de la contestación a la demanda.....	33
6. CONCLUSIONES	34
7. BIBLIOGRAFÍA	39
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	41

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AA.VV: Autores varios.
- Art.: Artículo
- Arts.: Artículos.
- CA: Contencioso Administrativo.
- CC: Código Civil.
- CESCO: Centro de Estudios de Consumo.
- CIF: Código de Identificación Fiscal.
- Cit.: La obra citada.
- D^a: Doña.
- Dir.: Director.
- Dra.: Doctora.
- ECLI: Identificador europeo de jurisprudencia.
- Et al.: Y otros.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LJV: Ley de la Jurisdicción Voluntaria.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Núm.: Número.
- P.: Página.
- P.p.: Páginas.
- Prof^a: Profesora.
- Roj.: Repertorio de Jurisprudencia.
- S.L: Sociedad Limitada.
- Sra.: Señora.
- ST: Sentencia.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TRLGDCU: Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- TS: Tribunal Supremo.
- Vol.: Volumen.
- Y ss.: Y siguientes.

A requerimiento de la clínica Aqualum S.L, con CIF núm. B22039466, y con domicilio en C/ Mayor nº6, se da contestación por este despacho, a cargo del Letrado que suscribe, a la consulta que, con los antecedentes que se exponen a continuación, se plantea, al objeto de evacuar dictamen técnico sobre las diferentes cuestiones jurídicas que suscitan los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- D^a Eulalia, una joven de 26 años, llevaba desde la adolescencia sufriendo un gran complejo con su pecho por lo que decidió solicitar información y presupuesto en diversas clínicas para realizarse una intervención quirúrgica de aumento de mamas. Tras haber visitado multitud de clínicas y motivada por las recomendaciones de algún personaje público decidió decantarse por la clínica Aqualum S.L.

2.- Tras las pertinentes pruebas preoperatorias, el cirujano, le entregó las hojas de consentimiento informado en las que se advertía, como riesgos inherentes a la intervención de aumento de mamas, la posible existencia de asimetría mamaria, cicatrices inestéticas y/o desplazamiento de las prótesis, así como en caso de darse los anteriores, la necesidad de una cirugía adicional. Sin embargo, el cirujano, en ningún caso le explicó de forma verbal y detalladamente los riesgos concretos de la intervención.

3.- Finalmente, D^a Eulalia procedió a firmar las hojas de consentimiento informado y, el 9 de marzo de 2019, se sometió a la intervención quirúrgica de mamoplastia de aumento en la clínica Aqualum S.L.

4.- Así las cosas, tras la operación, D^a Eulalia presentó una ptosis grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha, desperfectos a los cuales no dio mayor importancia en un principio y consideraba incluidos en los riesgos derivados de la propia intervención. No obstante, transcurridos tres años y medio aproximadamente de la primera intervención, concretamente el 20 de septiembre de 2022, D^a Eulalia recibió una llamada de la clínica en la que la citaban con el cirujano el 10 de octubre de ese mismo año. Tras un control rutinario, el cirujano le comentó la conveniencia de sustituir las prótesis mamarias por unas nuevas debido a razones médicas ya que, teniendo en cuenta la

evolución del implante a lo largo del tiempo, mantener las anteriores podría suponer un riesgo para su salud.

5.- La segunda intervención relativa a la sustitución de las prótesis, en la que además le realizaron una mastopexia, tuvo lugar con fecha 23 de febrero de 2023. Tras la operación, D^a Eulalia presentó una asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas.

6.- De la misma forma que en la mamoplastia de aumento, D^a Eulalia, días previos a la intervención, concretamente el 7 de febrero de 2023, firmó las hojas del consentimiento informado en las que, con respecto a la retirada de los implantes mamarios y a la mastopexia, se le advertía como riesgos de la intervención la posibilidad de aparición de cicatrices cutáneas anormales derivadas de la cicatrización excesiva, la posible asimetría mamaria después de la cirugía y en su caso, la necesidad de una cirugía adicional. Nuevamente, sin haber sido explicados los riesgos detallados en ellas verbalmente por parte del cirujano.

7.- D^a Eulalia debido a los daños que se le produjeron como consecuencia de la segunda intervención decidió interponer demanda de juicio ordinario contra la clínica Aqualum S.L para exigir daños y perjuicios por dichas lesiones sufridas.

8.- Por todo cuanto antecede, la clínica Aqualum S.L acude al despacho con objeto de estudiar la viabilidad de una exoneración de responsabilidad civil médica, y preparar la oportuna contestación a la demanda.

II. INTRODUCCIÓN

El presente dictamen tiene por objeto analizar la posible exoneración de responsabilidad civil médica en un caso de cirugía estética. Por lo tanto, el análisis del supuesto de hecho orbitará en torno a los aspectos fundamentales para determinar si concurre tal responsabilidad civil y aconsejar el mejor modo de contestar a la demanda que la paciente ha interpuesto contra mi cliente, la clínica Aqualum.

En primer lugar, se analizará si, al tratarse de una intervención quirúrgica con fines estéticos, la obligación del facultativo es de medios o de resultado, condicionando esto la existencia o no de una ulterior responsabilidad civil en caso de resultados no deseados. De esta forma, se estudiará también, la posible existencia de culpa o negligencia por parte del facultativo al ser esto, requisito *sine qua non* de la responsabilidad civil médica. Así, para poder afirmar que existe responsabilidad civil, además de concurrir un comportamiento negligente por parte del profesional, se debe haber producido, asimismo un daño y que entre ambos se dé un nexo causal.

Para continuar, además, se tratará de determinar qué se considera un consentimiento informado real y efectivo por parte del facultativo en relación a un paciente a la hora de tomar una decisión sobre si someterse o no a un tratamiento o intervención quirúrgica, poniendo énfasis en que nos encontramos en un caso de cirugía estética y, por ende, es un supuesto de medicina voluntaria. Asimismo, abordaremos la cuestión de si las lesiones sufridas por la paciente a raíz de la intervención quirúrgica pueden considerarse un daño desproporcionado, entendiendo por tal, aquel que acontece cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que habitualmente conlleva y con la dolencia que trata de atender o, en su caso, el resultado acaecido es incompatible con las consecuencias de una terapia o intervención normal.¹

Por último, se ofrecerá un estudio detallado sobre los aspectos procesales oportunos para llevar a buen término la contestación a la demanda por daños y perjuicios. Para ello, se examinará la normativa vigente, así como la jurisprudencia y doctrina de referencia vertida sobre el tema.

III. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

En atención a los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

¹SÁNCHEZ GARCÍA, M.M, «El daño desproporcionado» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, p. 244.

PRIMERA.- Determinar si, al tratarse de una intervención quirúrgica con fines estéticos, la obligación del facultativo es de medios o de resultado.

SEGUNDA.- ¿Podría afirmarse que existe negligencia por parte de Aqualum S.L o de sus facultativos?

TERCERA.- ¿Las lesiones sufridas por D^a Eulalia tras las relativas intervenciones quirúrgicas podrían considerarse un daño desproporcionado?

CUARTA.- Determinar los aspectos procesales de la contestación a la demanda por daños y perjuicios.

IV. DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE

Antes de analizar las concretas cuestiones jurídicas planteadas cabe destacar un estudio detallado de la normativa aplicable a las mismas y, por ende, al presente dictamen.

En primer lugar, orbitaremos el dictamen en torno al Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil – en adelante CC– al tratarse la relación entre clínica Aqualum S.L. y D^a Eulalia, de una relación contractual de carácter civil, y, más concretamente, al tratarse de un contrato de arrendamiento de servicios, resultando así de aplicación los arts. 1101 y ss., y 1124 CC, normas éstas de responsabilidad civil por incumplimiento de la parte general de los contratos, debido a que en sede de arrendamiento de servicios – arts. 1583 y ss. CC – no existe normativa específica aplicable a este asunto.

Asimismo, para analizar la carga de la prueba de la culpa o negligencia de la clínica Aqualum S.L y/o de sus facultativos, resulta necesario acudir a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil – en adelante LEC –, conforme al art. 217 LEC. De la misma forma, de cara a analizar los aspectos procesales oportunos para llevar a buen término la contestación a la demanda por daños y perjuicios resulta necesario estudiar la LEC así como la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial – en adelante

LOPJ– y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria – en adelante LJV–

Por su parte, en lo que atañe a la responsabilidad civil médica, los servicios sanitarios se encuentran expresamente mencionados en el 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 – en adelante TRLGDCU–, estableciendo este precepto un régimen de responsabilidad objetiva que resultaría de aplicación al producirse unos daños con ocasión de una asistencia sanitaria, independientemente del comportamiento negligente del facultativo.

Por último, respecto al consentimiento informado, resultan de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. De ambas se desprende la necesidad de que el profesional médico tiene la obligación de proporcionar al paciente una información completa y constante sobre el proceso, comprendiendo el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y las alternativas de tratamiento.

Cabe concluir, que las presentes leyes se cumplimentan con lo emanado por la Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 – en adelante CE–, y de la Jurisprudencia que se desarrollará a lo largo del presente dictamen y que se citará posteriormente de forma minuciosa en el epígrafe VIII.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se procede a emitir el presente Dictamen con base en los fundamentos jurídicos que se detallan a continuación, ofreciendo de forma preliminar un acercamiento a la figura jurídica de la responsabilidad civil:

1. CUESTIONES PREVIAS.

1.1. Elementos configuradores de la responsabilidad civil.

Para analizar conceptualmente los elementos configuradores de la responsabilidad civil, y más concretamente al ser la relación existente entre un paciente y una clínica o profesional médico, de una relación contractual, debemos acudir al artículo 1101 CC el cual manifiesta que “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.”

Por tanto, para que exista responsabilidad civil médica, deben concurrir necesariamente los siguientes requisitos²:

- Un incumplimiento del contrato.
- Un evento dañoso.
- Que el incumplimiento sea negligente
- Una relación de causalidad – nexo causal – entre la actuación u omisión del médico y el resultado dañoso.

Así, la STS del 7 de mayo de 2007, entre otras, plasma estos requisitos al establecer que en los “supuestos de responsabilidad médica, (...) para que pueda surgir, como consecuencia del tratamiento de un enfermo, se requiere que haya intervenido culpa o negligencia por parte de quien ha realizado el acto médico, (...) siendo preciso una relación causal, material o física, y un reproche culpabilístico que puede manifestarse a través de una negligencia en la actuación u omisión.”, o la STS de 10 de junio de 2004 cuando establece: “la cuestión jurídica parte del daño causado, sea con responsabilidad contractual o extracontractual, destacando la yuxtaposición de responsabilidad que esta Sala ha proclamado reiteradamente (...), en las que se da la unidad de culpa y en todo

² LLEDÓ YAGUE, F. «Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del “cirujano” en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, p. 24.

caso, se debe responder del daño causado, con nexo causal, que sufre la persona que ha sido atendida y que es el perjudicado por la acción y omisión de los profesionales en medicina”.³

2. OBLIGACIÓN DE MEDIOS VS OBLIGACIÓN DE RESULTADO EN LA MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA.

En el caso concreto nos encontramos, como bien se ha mencionado anteriormente, en un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva ya que se trata de una cirugía estética. En este sentido, resulta interesante distinguir entre el concepto de medicina voluntaria o satisfactiva y el concepto de medicina necesaria, curativa o asistencial.

La medicina necesaria, curativa o asistencial es aquella que está vinculada al estado de salud de una persona, y tras acontecer un proceso patológico, la intervención del profesional médico es ineludible para reponer el estado de salud del paciente. Por su parte, en la medicina voluntaria o satisfactiva, el sometimiento a la misma depende en todo caso de la voluntad del paciente, siendo por tanto, facultativa para el mismo.⁴

En este sentido, la doctrina jurisprudencial y científica diferencia entre estos dos conceptos de medicina voluntaria o satisfactiva y medicina necesaria, curativa o asistencial, con el fin de determinar la responsabilidad civil del facultativo médico. Esta clasificación ha sido muy controvertida a lo largo del tiempo y analiza el objeto de la obligación a la que se compromete el médico con el paciente. En el caso de la medicina necesaria, curativa o asistencial, se ha considerado siempre que el médico asume una obligación de medios, es decir, aquella en la que el profesional médico desarrolla una conducta diligente encaminada a conseguir un resultado previsto, mientras que en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, se ha reiterado tradicionalmente por una parte de la doctrina que la obligación asumida por el profesional médico es de resultado, entendiendo esta como aquella en la que el profesional médico está obligado a obtener el

³ LLEDÓ YAGUE, F. «Reflexiones notables» cit. pp. 23 y 24.

⁴ BLASCO IGUAL, M. «El derecho de información en medicina curativa y satisfactiva», en *Revista Clínica de Medicina de Familia* vol. 8 nº 1, febrero 2015 (Revista electrónica)

resultado pactado.⁵ Así se manifiesta en la STS de 11 de febrero de 1997⁶ cuando dice: “...por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. Resumidamente esta obligación de medios comprende: a) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto; b) la información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos..., y c) la continuidad del tratamiento hasta el alta (...) En aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual- , en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato se aproxima ya 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”.⁷

En la misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003 establece: “El caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria, ya que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético de sus senos (cirugía estética), desarrollándose la actividad médica en el ámbito de una relación contractual, una participación en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala de Casación Civil en antigua Sentencia de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950, 394), así como en la de 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073) (citadas en la de

⁵ MARÍN VELARDE, A. «Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 53 y 54. Sobre esta cuestión puede verse: ALONSO PÉREZ, M. T., «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado y los contratos de servicios\obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español» en Revista de Derecho Civil vol. 6 nº 2 (abril-junio), pp. 169-205.

⁶ ALONSO PÉREZ, M. T., «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal supremo de 2 de diciembre de 1997)» en *Anuario de Derecho Civil* vol. 51 nº 2, 1998 pp. 887-916.

⁷ LÓPEZ CARMONA, V. «Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva», Vol. 23. *Extraordinario XXII Congreso 2013*, p. 184

28 de junio de 1997 (RJ 1997, 51511), que intensifica una mayor garantía en la obtención del resultado perseguido, ya que, si así no sucediera, es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética”.⁸

No obstante, el Tribunal Supremo, ha variado su doctrina tal y como manifiesta en reiteradas Sentencias más actuales como son la STS de 30 de junio de 2009 y la STS de 27 de septiembre de 2010, en ellas, asentó una nueva línea doctrinal al afirmar que en los casos de cirugía estética, el profesional médico asume asimismo una obligación de medios: “La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (STS 30 de junio (RJ 2009, 6460) y 20 de noviembre 2009 (RJ 2010, 138)). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*”: STS de 27 de septiembre de 2010.⁹

⁸ MARÍN VELARDE, A. «Obligación de actividad ...», cit. p. 56

⁹ MARÍN VELARDE, A. «Obligación de actividad ...», cit. p. 58.

En el mismo sentido lo reproduce en la STS de 24 de noviembre de 2021 al afirmar de manera rotunda que: “La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados (...) 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 (STS 544/2007, de 23 de mayo; 534/2009, de 30 de junio, 778/2009, de 20 de noviembre, 20/11/2008 y 517/2013, de 19 de julio, 18/2015, de 3 de febrero); pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados.”. En este sentido se pronuncia también la STS de 7 de mayo de 2014 al establecer : “La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto.”

Por tanto, la distinción entre la obligación de medios y de resultado estriba en que, en la obligaciones de medios, el deudor – en este caso el profesional médico – , cumple la obligación al desplegar la conducta diligente aunque no consiga el fin último que pretendía alcanzar con esa conducta, ya que no era objeto de la prestación debida la consecución de ese fin último. Sin embargo, en las obligaciones de resultado, el deudor únicamente cumple si realiza el resultado, y por ende, sin resultado no hay cumplimiento, obviamente, en las obligaciones de resultado, se encuentra implícita la conducta diligente pero en estas el resultado constituye el objeto de la obligación.¹⁰

En definitiva, está claro entonces, que en el presente supuesto hecho de cirugía estética, y tratándose de medicina voluntaria o satisfactiva, la clínica Aqualum S.L y/o sus facultativos, asumen una obligación de medios – y no de resultado – para con la Sra. Eulalia. Así, esta obligación de medios deriva de un contrato de arrendamiento de servicios regulado en el art. 1544 del Código Civil en el cual se establece que: “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” y resultando de aplicación en caso de incumplimiento, los artículos 1101 CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños

¹⁰ MARÍN VELARDE, A. «Obligación de actividad ...», cit. p. 54. También ALONSO PÉREZ, M. T., «Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos», J.M. Bosch Editor, 1997, pp. 107 y ss.

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” y 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (...)", normas éstas de responsabilidad civil por incumplimiento de la parte general de los contratos, debido a que en sede de arrendamiento de servicios – arts. 1583 y ss. CC – no existe normativa específica por este asunto, aspecto el cual se desarrollará en el epígrafe siguiente. Sin embargo, la aplicación del artículo 1124 Código civil a los casos de prestación de asistencia médica no tiene sentido porque no cabe la restitución de las prestaciones, en caso de que se opte por la resolución del contrato; tampoco es remedio adecuado para el caso de incumplimiento de estos contratos de prestación médica, exigir el cumplimiento del contrato. Por ello, el remedio aplicable en caso de incumplimiento del contrato se reduce a la aplicación del artículo 1101 del Código civil que articula la posibilidad de exigir el resarcimiento de daños y perjuicios.

3. NEGLIGENCIA POR PARTE DE LA CLÍNICA AQUALUM S.L Y/O DE SUS FACULTATIVOS.

3.1. Régimen de responsabilidad subjetiva derivada del Código Civil.

Partiendo de la base de que nos encontramos ante una obligación de medios tal y como se ha estipulado en el epígrafe anterior, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada en la necesidad de que se produzca una violación de la *lex artis ad hoc* para que se pueda exigir responsabilidad civil médica. Conceptualmente de forma genérica, se entiende por *lex artis* el conjunto de reglas o principios que rigen el correcto ejercicio de cualquier arte u oficio, entendiendo por tal, la observancia de las reglas propias de la profesión. No obstante, al hacer referencia al término “*ad hoc*” cuando nos referimos a la *lex artis*, se alude al hecho de observar las reglas propias de la

profesión teniendo en cuenta las circunstancias concretas y específicas de cada caso. En la propia STS de 11 de marzo de 1991 se menciona que el término *lex* implica la medición de una conducta a tenor de unos baremos que valoran la citada actuación, siendo una de sus notas definitorias la concreción a cada acto médico: “la *lex artis* aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto”, estableciendo de esta forma, la imposibilidad de instaurar normas generales de conducta con las que enjuiciar comportamientos concretos. Así, esta STS se refiere a la *lex artis ad hoc* como aquel “criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”, en el mismo sentido se pronuncian las STS de 7 de febrero de 1990 y 29 de junio de 1990 al establecer que la *lex artis ad hoc* tiene en cuenta “el caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrolle y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional”¹¹.

Por lo tanto, para que se produzca responsabilidad civil médica es necesario que exista culpa o negligencia por parte del facultativo, lo que se traduce en una infracción de la *lex artis ad hoc*, por esto mismo, recibe el nombre de responsabilidad subjetiva o por culpa. Con este propósito, es necesario precisar el contenido de la obligación de medios que incumbe a los profesionales médicos, para conocer el conjunto de deberes que tienen a su cargo para no cometer una violación de la *lex artis ad hoc*. En este sentido, la STS de 25 de abril de 1994 establece los siguientes deberes¹²:

- Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional médico en el lugar en que se produce el tratamiento, lo cual incluye ejecutar las funciones que las técnicas de la salud aconsejan emplear como

¹¹ MARTÍN LEÓN, A. «Lex artis y protocolos médicos», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Lorenzo Morillas Cueva (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 200, pp. 467-471.

¹² MARTÍN LEÓN, A. «Lex artis ...». cit. pp. 472 y 473.

usuales, sin embargo, no incluye el empleo de las técnicas punta o más avanzadas si no están disponibles en el sistema público en el momento y lugar en que se lleva a cabo la asistencia: STS de 28 de octubre de 1998.

- Informar al paciente o a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico, de los riesgos y de la eventual insuficiencia de medios en el lugar donde se le va a aplicar el tratamiento, es decir, el consentimiento informado.
- Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en el que pueda ser dado de alta y en los supuestos de enfermedades crónicas o evolutivas, informar al paciente de los análisis y cuidados precisos para evitar su agravamiento.

Así, más concretamente, en el supuesto de hecho que nos atañe la relación existente entre D^a Eulalia y la clínica Aqualum S.L es una relación contractual, por ello, en caso de que se demostrase la existencia de negligencia por parte de la clínica Aqualum S.L o de alguno de sus facultativos deberíamos acudir al artículo 1101 CC el cual manifiesta que “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.”, así como el artículo 1124 CC : “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.”, normas éstas de responsabilidad civil por incumplimiento de la parte general de los contratos, debido a que en sede de arrendamiento de servicios – arts. 1583 y ss. CC – no existe normativa específica por este asunto.

3.1.1. El consentimiento informado.

A) Concepto, condiciones y requisitos del consentimiento informado.

Para acercarnos a la figura del consentimiento informado cabe definir este como una declaración de voluntad inequívoca efectuada por un paciente, de forma libre,

voluntaria y consciente para someterse a un procedimiento médico y/o intervención quirúrgica. Para ello, el paciente debe gozar de plena capacidad para entender la información emanada por el facultativo para que, de manera unilateral, tome la decisión de someterse o no a una intervención¹³ –“Esta Sala ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen”: STS de 15 de marzo de 2018 –, configurándose como un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente tal y como indica el TS en la Sentencia de 12 de enero de 2001: “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo ateniente a la propia persona, y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”¹⁴.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional configura en la STC de 28 de abril de 2011, el consentimiento informado como una manifestación del principio constitucional de la dignidad de la persona y de su libertad individual¹⁵: “El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es

¹³ GARCÍA HUAYAM, J. C, «Responsabilidad civil médica y consentimiento informado » en *Revista Derecho y cambio social*, núm. 44, 2016, pp. 5-7.

¹⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia de consentimiento informado», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, p. 184.

¹⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.187.

precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal”

De esta forma, esto supone también una obligación para el profesional médico de proporcionar esta información de manera clara, detallada y continua respecto del diagnóstico, pronóstico, riesgos y tratamientos entre otros¹⁶. – Tal y como se recoge en los arts. 8 y ss. 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 clínica y en el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –.

Así, el consentimiento informado viene detalladamente regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente, en su art. 4 se establece el límite mínimo que debe contener esta información siendo este “la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”¹⁷. Este consentimiento, por regla general, será verbal, no obstante, se prevén una serie de circunstancias en las que el consentimiento se prestará por escrito como son una “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2 Ley 41/2002).

Por su parte, en el art. 10 de ésta Ley 41/2002 establece la información que no puede ser omitida en ningún caso, ya que, de lo contrario, podría originar responsabilidad civil médica aunque el profesional actuase con arreglo a la *lex artis*¹⁸, entre esta información esencial refrendada en las letras a) a d) del apartado primero del art. 10 se encuentran:

¹⁶ GARCÍA HUAYAMA, J. C. «Responsabilidad civil ...» cit. pp. 8 y 9.

¹⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.184.

¹⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.185

- “Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.”

De la misma forma, en el art. 9.2 de la Ley 41/2002 se establecen aquellas situaciones excepcionales en las que el facultativo puede omitir el consentimiento informado a la hora de llevar a cabo una intervención clínica, siendo estas, cuando exista riesgo para la salud pública y cuando exista “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Además, continuando con la redacción de este art. 9, en su apartado 3 establece aquellas situaciones en las que es posible emitir el consentimiento por representación de otra persona: “a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.”

Así, centrándonos en el supuesto de hecho, D^a Eulalia gozando de plena capacidad para entender la información emanada por el profesional médico, prestó por escrito el consentimiento informado a favor de la clínica Aqualum S.L en dos ocasiones, en la primera intervención de mamoplastia de aumento en marzo de 2019

y en la posterior intervención relativa a la sustitución de las prótesis, en la que además le realización una mastopexia, en febrero de 2023. En ambas hojas de consentimiento informado se advertía como riesgos inherentes a ambas intervenciones la posible existencia de asimetría mamaria, cicatrices inestéticas y/o desplazamiento de las prótesis, así como en caso de darse los anteriores, la necesidad de una cirugía adicional.

B) Doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad civil médica en los casos de omisión del deber de información.

Para poder dar respuesta al supuesto de hecho cabe analizar en primer lugar la doctrina del TS en materia de responsabilidad civil en los casos de omisión del deber de información.

Partiendo de la STS de 4 de marzo de 2011¹⁹, se desprende una doctrina consolidada que orbita en torno a las particularidades del consentimiento informado o la omisión de este y los efectos que puede tener sobre la responsabilidad civil médica. En la ST se estipulan una serie de pinceladas respecto a la información que debe proporcionar el facultativo entendiendo que: “La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona (...) (art. 10.1 CE). La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único

¹⁹ MUNAR BERNAT, P.A «El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 112-113.

tratamiento (...) no demandan consentimiento informado (STS de 8 de septiembre de 2003).”

Por su parte, respecto al caso que nos atañe y el cual se trata de una intervención quirúrgica voluntaria o asistencial, ésta Sentencia establece que: “Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa.”

En este mismo sentido se pronuncia la STS de 2 de junio de 2002 al manifestar: “Y en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa, o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa.”

Por último, otro pronunciamiento a tener en cuenta estipulado en la STS de 4 de marzo de 2011 es que se exige como requisito *sine qua non* la concurrencia del daño y por ende, que exista un nexo causal entre el daño y la falta de información para que se le atribuya responsabilidad civil al profesional médico²⁰: “Sin daño no hay responsabilidad alguna. "La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001 , y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008 , no es per se una causa de resarcimiento pecuniario", lo que parece lógico cuando el

²⁰ MUNAR BERNAT, P.A «El daño y su indemnización ...» cit. p. 112.

resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica.

C) Incumplimiento del deber de información como infracción de la *lex artis*.

Poniendo nuevamente de manifiesto las Sentencias anteriormente mencionadas del TS de 12 de enero de 2001 y del TC de 28 de abril de 2011, la omisión del deber de información por parte del profesional podría conllevar a una violación de un derecho fundamental²¹, por tanto, tal y como se manifiesta en la STS de 27 de septiembre de 2011, el consentimiento informado se configura como un elemento esencial de la relación médico-paciente, configurándose a su vez como un elemento integrante de la *lex artis* cuya omisión o defectuosa prestación originaría responsabilidad civil²².

La información que debe recibir el paciente para prestar su consentimiento es parte de la diligencia profesional, por lo que el facultativo no está obligado a prestar una información que no conoce ni debería conocer por no ubicarse dentro de su ámbito de actuación o, porque se trata de un riesgo desconocido en el momento en el que se suministra la información y se descubre posteriormente.²³

Por ello, podría definirse que existe omisión del deber de información por parte del profesional cuando acontezca una complicación descrita en la literatura científica y por lo tanto, fuese conocida según el estado de la ciencia y por ende, se ha de informar de esos riesgos antes de la intervención para que el paciente valore y decida si asumirlos o no. Este deber de información existe aunque sea escasa la probabilidad de la complicación ya que no cabría exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y eximirse de su deber de informar por darse en muy pocos casos, es decir que, aunque la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo – Así se estipula en la STS de 22 de junio

²¹ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.187.

²² MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.184.

²³ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.185.

de 2004 sobre un caso en el cual el riesgo era de un 0,44%.²⁴ : “Como el porcentaje de posibilidades de la necrosis era muy bajo, la falta de información sobre ese riesgo sería intranscendente, conclusión inaceptable porque supone tanto como exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos. El razonamiento correcto, en suma, es precisamente el contrario, porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad”–

Por lo tanto, según lo descrito anteriormente, la omisión del deber de información o proporcionar de forma equivocada la información al paciente, se considera una fuente o causa de responsabilidad civil del médico en concreto y de la prestación sanitaria en general, siempre y cuando, de ello emanen consecuencias dañosas para el paciente, ya que, cualquier vulneración del consentimiento informado en alguna de sus manifestaciones supone una infracción de la *lex artis*.²⁵

No obstante, siguiendo lo referenciado en la STS de 13 de mayo de 2011, la mera omisión del deber de información no genera el deber de indemnizar, es decir, responsabilidad civil, si el comportamiento del médico es conforme a la *lex artis ad hoc*, y por lo tanto, no se produce ningún daño al paciente²⁶: “Ahora bien, a diferencia del derecho penal, en que el daño no configura necesariamente el delito, en sede de responsabilidad civil es el daño a las personas o a las cosas el que fundamenta la responsabilidad junto con el resto de requisitos que configuran dicha responsabilidad civil. Sin daño no hay responsabilidad por muy reprochable que sea la conducta y esta se determina a partir de diversos criterios de imputación establecidos en nuestro sistema, dentro o fuera de una relación de contrato, o como resultado de una acción u omisión constitutiva de un delito o falta. Lo vemos de forma clara en los supuestos de falta de información al paciente. La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran las de 10 de mayo de 2006, 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2011,” no es per se una causa de resarcimiento pecuniario”, lo que

²⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.186.

²⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.189.

²⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia ...» cit. p.190.

parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica; doctrina que se reitera en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la que la falta de información tampoco es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS Sala CA de 9 de marzo de 2010).²⁷”

En definitiva, y teniendo en cuenta todo lo narrado a lo largo de este epígrafe, en especial teniendo en cuenta la doctrina del TS, cabe ahondar en la cuestión centrando este aspecto del consentimiento informado en el presente supuesto de hecho. Así, el daño sufrido por D^a Eulalia se trata de unos riesgos típicos de la intervención (asimetría y cicatrices) los cuales figuraban expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la paciente. No obstante, aunque D^a Eulalia firmó las hojas del consentimiento informado, como expresamente ha reconocido, en ningún caso, la clínica Aqualum explicó debidamente los riesgos concretos de la intervención, poniendo énfasis además en que nos encontramos ante un caso de medicina voluntaria o satisfactiva en la que la información prestada por el cirujano debe ser mucho más rigurosa ya que en estos casos – tal y como se había mencionado anteriormente en la STS de 2 de junio de 2002–.

Por ello, resulta interesante mencionar en este dictamen al hilo del supuesto que nos ataña la STS de 5 de abril de 2016, la cual hace el siguiente apunte sobre el consentimiento informado prestado por escrito por el paciente: “Se trata de un simple y escueto impreso, más próximo a un mero acto administrativo que médico, que no satisface aquellos mínimos éticos de una información adecuada, pues en los tres se le ofrece a partir de un modelo predeterminado para cualquier procedimiento terapéutico, en el que no aparece concretado ningún riesgo, y sin acreditación alguna por parte del médico de haber proporcionado alguna previa información, como así se establece también en la sentencia que ahora se combate”. Por lo tanto, no se puede entregar a todos los pacientes el mismo impreso “modelo” de consentimiento informado para que lo firmen ya que ha de adaptarse a cada caso y circunstancias

²⁷

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, núm. 8, septiembre 2022 (Revista electrónica)

concretas, de lo contrario, el consentimiento informado por escrito prestado no sería válido por falta de información suficiente.²⁸

A diferencia de lo ocurre en la STS de 5 de abril de 2016, en el presente supuesto de hecho, sí que aparecen concertados los riesgos de forma detallada en las hojas de consentimiento informado suscritas por la paciente entendiendo que D^a Eulalia conoció y asumió dichos riesgos ya que prestó este consentimiento informado hasta en dos ocasiones. Asimismo, no hay que olvidar que se exige como requisito la concurrencia del daño y por ende, que exista un nexo causal entre el daño y la falta de información para que se le atribuya responsabilidad civil al profesional médico – STS de 4 de marzo de 2011–. En este caso, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices conforman riesgos típicos de la intervención, que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante, por lo tanto, al ser conocidos y asumidos, la materialización de un riesgo típico de una intervención quirúrgica debidamente informado, que fue asumido consciente y voluntariamente por la actora, a la cual no se le garantizó el resultado, no es fuente de responsabilidad civil.²⁹

Por ende, cabe concluir que no existe ningún tipo de negligencia y por lo tanto, ningún tipo de responsabilidad subjetiva o por culpa imputable a la clínica Aqualum S.L, ya que no se ha producido una violación de la *lex artis ad hoc*, y en todo momento la clínica Aqualum S.L realizó sus mayores esfuerzos utilizando aquellos remedios conocidos por la ciencia médica y que estaban a disposición del profesional médico. Asimismo, se informó convenientemente a D^a Eulalia siguiendo las estipulaciones concretadas en la Ley General de Sanidad y en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siendo D^a Eulalia plenamente consciente y libre para tomar las decisiones oportunas, y, a pesar de existir un nexo causal entre la intervención y los daños sufridos, al no tratarse el comportamiento de la clínica Aqualum S.L o de sus facultativos, de una actuación negligente, no puede imputarse responsabilidad civil alguna.

²⁸ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El daño por falta ... » cit. (Revista electrónica)

²⁹ STS de 30 de noviembre de 2021.

3.2. Régimen de responsabilidad objetiva basada en el artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Cabe traer a estudio lo estipulado en el art. 148 del TRLGDCU – art. 28 de la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – en el cual se establece que: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.”

Por lo tanto, la responsabilidad que se configura en el TRLGDCU es una responsabilidad objetiva, a diferencia de lo que ocurre en el CC, en el cual la responsabilidad está basada en la culpa³⁰ y por ende, se trata de una responsabilidad subjetiva. No obstante, en este sentido se pronuncian numerosas Sentencias, entre ellas, la STS de 23 de octubre de 2008 la cual concluye que cuando se hace referencia a responsabilidad objetiva esta hace referencia a los servicios sanitarios, es decir “a los aspectos funcionales de los mismos, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos – actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc*”³¹. Así se pronuncia también la STS de 18 de mayo de 2012 al establecer que: “Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la

³⁰ ARNAU MOYA, F. «Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España», en *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 18, febrero 2023, p. 1962.

³¹ BELLO JANEIRO, D. «Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», Reus, S.A, Madrid, España, 2009, p. 90.

responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (STS de 5 de febrero de 2001 ; 26 de marzo de 2004 ; 17 de noviembre de 2004 ; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).”

A mayor abundamiento, extrapolando esta responsabilidad objetiva del artículo 148 TRLGDCU al caso concreto, cabe decir por tanto, que en ningún caso resulta aplicable al supuesto de hecho que nos atañe, ya que las lesiones sufridas por Dª Eulalia no resultan de los aspectos funcionales u organizativos de la prestación de los servicios sanitarios, como tampoco resultan estas lesiones de una responsabilidad subjetiva o por culpa de la Clínica Aqualum S.L, por lo que es ineludible concluir que no existe ningún tipo de negligencia por parte de la clínica o de sus facultativos que pueda originar responsabilidad civil por este concepto,

4. EL DAÑO DESPROPORCIONADO.

La doctrina del daño desproporcionado se entiende como “aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.” – STS de 12 de abril de 2016 –. Así, la mera existencia de un resultado desproporcionado no determina por si solo la existencia de la responsabilidad civil médica, si no la exigencia que tiene el facultativo de proporcionar una explicación coherente acerca del porqué de la importante discordancia existente entre el riesgo inicial y el resultado producido – STS de 30 de abril de 2007–. Esto significa por tanto, que no se trata de una objetivación absoluta de la responsabilidad sino más bien, de apreciación de culpa deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos que se consideran acreditados por una prueba pericial, los cuales no son imputables a la víctima, ni encajan en el caso fortuito o la fuerza mayor, si no que la causa del daño fue la actuación médica de cuyo mal resultado se desprende la culpa y por ende, la responsabilidad. En este sentido, la STS de 4 de

febrero de 2002 concluye que la responsabilidad civil procedente de un resultado desproporcionado en el ámbito de la medicina se va a producir siempre y cuando no pueda demostrarse, con las pruebas pertinentes, que el profesional médico ha tenido una actuación conforme a la *lex artis*.³²

En la práctica, para determinar la relación de causalidad entre el daño acometido a un paciente y la actuación negligente por parte del profesional médico se utilizan cuatro criterios de causalidad, cuya concurrencia determina una evidente infracción de la *lex artis* por parte del profesional médico³³:

- a) Criterio de intensidad: Daños sufrido por el paciente.
- b) Criterio topográfico: Dolor relacionado con la intervención quirúrgica.
- c) Criterio cronológico: Evolución sintomática y fisiopatológica.
- d) Criterio de exclusión: Exclusión de cualquier otra causa que haya generado el daño actual.

En el presente supuesto de hecho, D^a Eulalia, presenta tras la primera intervención una ptosis grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha y tras la segunda intervención presenta en ambas mamas asimetría mamaria con cicatrización inestética. No obstante, en ambos casos, estos daños estaban advertidos en las hojas de consentimiento informado que suscribió la paciente como riesgos típicos. Por ello, los daños sufridos por D^a Eulalia no pueden calificarse como un daño desproporcionado ya que no puede calificarse como tal el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente. No nos encontramos ante un resultado excepcionalmente extraño o estruendoso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica realizada, que demuestre, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado (*res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que realizó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe

³² LLEDÓ YAGUE, F. «Reflexiones notables» cit. p. 25.

³³ LLEDÓ YAGUE, F. «Reflexiones notables» cit. pp. 25 y 26.

garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita.³⁴

5. ASPECTOS PROCESALES.

5.1. La carga de la prueba de la culpa o negligencia.

La carga de la prueba en nuestro ordenamiento se rige por la doctrina de la “facilidad probatoria” regulada en el artículo 217. 7 LEC: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Concretamente en su apartados segundo, se establece la regla general, según la cual en responsabilidad civil médica, corresponde al paciente – actor demandante- probar que el médico actuó con negligencia, además de los daños y la relación de causalidad existente entre los daños y la negligencia del profesional médico: “2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.³⁵

Se exige en estos casos, la existencia de “certeza probatoria y no meras conjeturas, hipótesis o posibilidades” tal y como se pronuncia la STS de 26 de julio del 2000 o la STS de 8 de septiembre de 1998 “estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (lex artis ad hoc)”. Así, el profesional médico – demandado-, debe probar aquellos hechos que se dirijan a impedir, extinguir o enervar la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado segundo del artículo 217 LEC– artículo 217.3 LEC –, para tratar de liquidar la responsabilidad que se le imputa.³⁶

³⁴ STS de 30 de noviembre de 2021.

³⁵ BELLO JANEIRO, D. «Responsabilidad civil ... », cit. pp. 47 y 76

³⁶ PÉREZ VALLEJO, A. M. «Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria. Perfectiva o satisfactiva», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Lorenzo Morillas Cueva (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 200, pp. 565 y 566

Sin embargo, en algunos casos en los que al paciente le puede resultar extremadamente difícil, cuando no imposible, probar los hechos, como ocurre en los casos de consentimiento informado o daño desproporcionado, se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que en estos casos, el perjudicado carece de conocimientos suficientes o no dispone de los medios y documentos con los que poder acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, ya que no son fácilmente accesibles, por lo que la carga de la prueba corresponde a los profesionales médicos – es decir, al demandado en lugar de al actor o demandante –, así lo dispuesto en el art. 217.2 LEC se ve corregido por el art. 217.6 LEC el cual establece que: “6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.”. En estos casos de inversión de la carga de la prueba ³⁷

En este sentido respecto al consentimiento informado, en caso de que no exista ningún tipo de acreditación del otorgamiento de la información, este no debe presumirse, así lo estipula la STS de 18 de enero de 2005: “Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración”.

³⁷ PÉREZ VALLEJO, A. M. « Presupuestos de la responsabilidad civil médica cit. ... », pp. 465 y 466.

A mayor abundamiento, es importante destacar que tal y como se recoge en el mencionado artículo art. 8.2 Ley 41/2002, en aquellas intervenciones que no supongan un riesgo grave o que no sean demasiado invasivas, no resultará necesario recabar el consentimiento informado por escrito, y bastará con obtener dicho consentimiento verbalmente por el paciente. No obstante, para que este consentimiento informado sea válido, es necesario que conste su otorgamiento en la historia clínica, o se pueda acreditar a través de cualquier otro modo.³⁸

5.2. La prescripción de la acción.

Al tratarse esta cuestión desde el punto de vista de la contestación a la demanda, conviene hacer especial hincapié en ella para analizar si la acción civil ha prescrito.

Cabe decir en primer lugar que, como bien se viene manteniendo a lo largo del presente análisis, la relación existente entre D^a Eulalia y la clínica Aqualum S.L, es una relación contractual, lo que implica por tanto, analizar la cuestión de la prescripción de la acción desde esta perspectiva.

Así las cosas, al tratarse de la prescripción de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, para determinar el momento objetivo en el cual comienza a computarse el plazo de la acción – es decir, aquel momento en el que la acción podría ejercitarse por primera vez – cabe acudir al artículo 1969 del CC en el cual se menciona que: “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

Por lo tanto, como se trata de responsabilidad civil contractual, debemos relacionar este art. 1969 del CC con el artículo 1101 del CC, ya que el plazo comenzará a computarse cuando concurran todos los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil contractual: incumplimiento del contrato, un daño, negligencia por parte de los facultativos, y una relación de causalidad entre la actuación del profesional y el resultado dañosos. Una vez sabido esto, para determinar el plazo debemos fijarnos en lo que

³⁸ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El daño por falta ... » cit. (Revista electrónica)

establece el artículo 1964 apartado segundo del CC ³⁹: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación.”.

Este plazo de cinco años recogido en el artículo 1964 del CC para la prescripción de las acciones derivadas del incumplimiento de un contrato fue modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ya que anteriormente a ella, el plazo de prescripción de la acción era de quince años.

No obstante, y de conformidad con lo estipulado en el actual artículo 1.964 CC, D^a Eulalia contaba con un plazo de cinco años para ejercer la acción por daños y perjuicios, tanto desde la primera operación que tuvo lugar el 9 de marzo de 2019, como desde la segunda operación, acontecida el 20 de septiembre de 2022. Por ello, la acción se encuentra en plazo y podrá prosperar en caso de que su Señoría lo estime oportuno.

5.3. Suplico de la contestación a la demanda.

Teniendo en cuenta lo mencionado hasta el momento en el presente dictamen, y estando esta parte disconforme con el correlativo de la demanda, ya que los perjuicios causados a la paciente no son debidos a una actuación negligente del profesional médico ni de la clínica Aqualum S.L y por ende, no se puede exigir ningún tipo de responsabilidad civil a esta parte.

Así las cosas, y por todo lo expuesto, SUPLICO:

Que, se tenga por contestada la demanda y se dicte Sentencia desestimatoria de la pretensión formulada de contrario, todo ello con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

³⁹ PEÑA LÓPEZ, F. «El diez a quo y el y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación » en *Revista Para el análisis del Derecho*, núm. 4/2011, p. 4.

6. CONCLUSIONES.

Procede finalizar el presente Trabajo de Fin de Máster con la exposición de las conclusiones más relevantes a las que se ha llegado con la elaboración del presente dictamen.

PRIMERA.- La resolución del presente dictamen pasa por determinar *a priori* los elementos configuradores de la responsabilidad civil: un incumplimiento del contrato, un evento dañoso, que el incumplimiento sea negligente y que exista una relación de causalidad entre la actuación u omisión del médico y el resultado dañoso. Asimismo, la naturaleza de la responsabilidad civil existente entre D^a Eulalia y la clínica Aqualum S.L y por la que se debería responder en su caso, es una relación contractual, así las cosas, en caso de incumplimiento, podemos ampararnos en el artículo 1101 CC para exigir daños y perjuicios: “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”.

SEGUNDA.- Una cirugía estética se entiende incluida en el concepto de medicina voluntaria o satisfactiva entendiendo por esta aquella cuyo sometimiento depende en todo caso de la voluntad del paciente, distinguiéndose en este sentido de la medicina necesaria, curativa o asistencial en la cual la intervención del profesional médico es ineludible para reponer el estado de salud del paciente.

Esta distinción va estrechamente relacionada a la hora de determinar la responsabilidad civil del facultativo médico, analizando la obligación a la que se compromete el profesional con el paciente. En el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva – como es el caso del presente supuesto de hecho –, aunque tradicionalmente una parte de la doctrina consideraba que la obligación asumida por el profesional médico es de resultado entendiendo por tal aquella en la que el profesional médico está obligado a obtener el resultado pactado – STS de 11 de febrero de 1997 o STS de 22 de julio de 2003, entre otras –, actualmente el Tribunal Supremo ha variado su doctrina asentando una nueva línea doctrinal al afirmar que en los casos de cirugía estética, el profesional médico asume una obligación de medios.

Esta obligación de medios que caracteriza la relación del profesional médico con el paciente en un caso de cirugía estética, es aquella en la que el facultativo tiene por obligación poner a disposición del paciente los medios adecuados e información necesaria en los términos exigidos por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollando de esta forma, una conducta diligente encaminada a conseguir un resultado previsto, no obstante, la consecución de este fin último, no es objeto de la prestación debida por el profesional médico. En este sentido, conviene traer a colación que, en el caso de la medicina necesaria, curativa o asistencial, el médico asume una obligación de medios, de forma que, en ambos casos – tanto en la medicina voluntaria o satisfactiva, como en la medicina necesaria, curativa o asistencial –, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados: STS de 24 de noviembre de 2021. Lo contrario supondría poner a cargo del médico una responsabilidad de responsabilidad de naturaleza objetiva.

Está claro entonces que, al tratarse de una cirugía estética y por ende, de medicina voluntaria o satisfactiva, la obligación que asume la clínica Aqualum S.L con la Sra. Eulalia, es una obligación de medios la cual deriva de un contrato de arrendamiento de servicios regulado en el art. 1544 del Código Civil y resultando de aplicación en caso de incumplimiento, el artículos 1101 CC, norma esta de responsabilidad civil por incumplimiento de la parte general de los contratos, debido a que en sede de arrendamiento de servicios – arts. 1583 y ss. CC – no existe normativa específica por este asunto, aspecto el cual se desarrollará en el epígrafe siguiente.

TERCERA.- Para determinar si existe negligencia por parte de la clínica Aqualum S.L y/o de sus facultativos cabe distinguir entre el régimen de responsabilidad subjetiva derivada del CC y el régimen de responsabilidad objetiva basada en el artículo 148 del TRLGDCU. Por un lado, en cuanto a la responsabilidad subjetiva, como punto de partida, cabe ahondar en la cuestión de que se entiende por *lex artis*, esto es el conjunto de reglas o principios que rigen el correcto ejercicio de cualquier arte u oficio, entendiendo por tal, la observancia de las reglas propias de la profesión. No obstante, al hacer referencia al

termino “*ad hoc*” cuando nos referimos a la *lex artis*, se alude al hecho de observar las reglas propias de la profesión teniendo en cuenta las circunstancias concretas y específicas de cada caso. Partiendo de la base de que nos encontramos ante una obligación de medios, el Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada en la necesidad de que exista culpa o negligencia por parte del facultativo, lo que se traduce en una infracción de la *lex artis ad hoc*, por esto mismo, recibe el nombre de responsabilidad subjetiva o por culpa, pudiendo acudir en el presente supuesto de hecho, al tratarse de una relación contractual – y para el caso de que se demostrase la existencia de negligencia por parte de la clínica Aqualum o de sus facultativos – a los arts. 1101 y 1124 CC.

Conviene ahondar en la cuestión del consentimiento informado, ya que es un aspecto bastante cuestionado en el presente supuesto de hecho. El consentimiento informado se configura para el paciente como una declaración de voluntad inequívoca, libre, voluntaria y consciente para someterse a un procedimiento médico y/o intervención quirúrgica. Así, se configura por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional como una acto de los derechos fundamentales y de la dignidad y personalidad del paciente. Por tanto, el consentimiento informado supone también una obligación para el profesional médico de proporcionar esta información de manera clara, detallada y continuada respecto del diagnóstico, pronóstico, riesgos y tratamientos entre otros tal y como se recoge en los arts. 8 y ss. 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 clínica y en el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Así, una omisión o defectuosa prestación del consentimiento informado, supondría una infracción de la *lex artis ad hoc* y por ende, podría originar responsabilidad civil. Sin embargo, según exige la STS de 4 de marzo entre otras, es un requisito *sine qua non* la concurrencia del daño, y la existencia de un nexo causal entre el daño y la falta de información para que se le atribuya responsabilidad civil al profesional médico. En el presente supuesto de hecho, no existe ningún tipo de negligencia y por lo tanto, ningún tipo de responsabilidad subjetiva o por culpa imputable a la clínica Aqualum S.L, ya que no se ha producido una violación de la *lex artis ad hoc*, y en todo momento la clínica Aqualum S.L realizó sus mayores esfuerzos utilizando aquellos remedios conocidos por la ciencia médica y que estaban a disposición del profesional médico. Asimismo, se informó convenientemente a Dª Eulalia siguiendo las estipulaciones concretadas en la

Ley General de Sanidad y en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siendo D^a Eulalia plenamente consciente y libre para tomar las decisiones oportunas, y, a pesar de existir un nexo causal entre la intervención y los daños sufridos, al no tratarse el comportamiento de la clínica Aqualum S.L o de sus facultativos, de una actuación negligente, no puede imputarse responsabilidad civil alguna.

CUARTA.- Por otro lado, en cuanto al régimen de responsabilidad objetiva derivada del artículo 148 TRLGDCU, tal y como menciona reiterada jurisprudencia, entre ellas, la STS de 23 de octubre de 2008 establece que cuando se hace referencia a responsabilidad objetiva esta hace referencia a los servicios sanitarios, es decir “a los aspectos funcionales de los mismos, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos – actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc* –”, por tanto, es evidente que en ningún caso resulta aplicable al supuesto de hecho que nos atañe, ya que las lesiones sufridas por D^a Eulalia no resultan de los aspectos funcionales u organizativos de la prestación de los servicios sanitarios.

QUINTA.- En el presente supuesto de hecho no cabe apreciar daño desproporcionado ya que teniendo en cuenta lo estipulado en la STS de 12 de abril de 2016, la doctrina del daño desproporcionado se entiende como “aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.”. Por tanto, la existencia de un resultado desproporcionado no conlleva por si solo la existencia de la responsabilidad civil médica, si no la exigencia que tiene el facultativo de proporcionar una explicación coherente acerca del porqué de la notoria discordancia existente entre el riesgo inicial y el resultado producido, esto es, la responsabilidad civil procedente de un resultado desproporcionado en el ámbito de la medicina se va a producir siempre y cuando no pueda demostrarse, con las pruebas pertinentes, que el profesional médico ha tenido una actuación conforme a la *lex artis*.

Así, en el presente supuesto de hecho, los daños sufridos por D^a Eulalia, no pueden ser considerados un daño desproporcionado, ya que, en ambas intervenciones, estos daños estaban advertidos en las hojas de consentimiento informado que suscribió la misma como riesgos típicos, no tratándose por tanto, de un resultado excepcionalmente extraño o inesperado en relación con la intervención quirúrgica realizada que demuestre por si solo, la presunción de que algo ha fallado (*res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que realizó la operación, cuando previamente se advirtió de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas lesiones de tal clase se pueden producir, puesto que no cabe garantizar el resultado.

SEXTA.- Aplicando el artículo 217.7 apartado segundo de la LEC – en el cual se establece la regla general de la carga de la prueba – a la responsabilidad civil médica, corresponde al paciente – actor demandante- probar que el médico actuó con negligencia, además de los daños y la relación de causalidad existente entre los daños y la negligencia del profesional médico. Sin embargo, en algunos casos en los que al paciente le puede resultar extremadamente difícil, cuando no imposible, probar los hechos, como ocurre en los casos de consentimiento informado o daño desproporcionado, se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que en estos casos, el perjudicado carece de conocimientos suficientes o no dispone de los medios y documentos con los que poder acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, ya que no son fácilmente accesibles, por lo que la carga de la prueba corresponde a los profesionales médicos – es decir, al demandado en lugar de al actor o demandante –, así lo dispuesto en el art. 217.2 LEC se ve corregido por el art. 217.6 LEC.

SÉPTIMA.- En lo que respecta a la prescripción de la acción, al tratarse de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, para determinar en primer lugar el momento objetivo en el cual comienza a computarse el plazo de la acción – es decir, aquel momento en el que la acción podría ejercitarse por primera vez – cabe acudir al artículo 1969 del CC relacionándolo con el artículo 1101 CC, de esta forma el plazo comenzará a computarse cuando con concurran todos los presupuestos constitutivos de la responsabilidad civil contractual: incumplimiento del contrato, un daño, negligencia por parte de los facultativos, y una relación de causalidad entre la actuación del profesional y el resultado dañosos. En segundo lugar, para

determinar el plazo debemos fijarnos en lo que establece el artículo 1964 apartado segundo del CC, según el cual, las acciones personales prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Es evidente entonces que, en el supuesto de hecho concreto, la acción por daños y perjuicios se encuentra dentro de plazo.

OCTAVA.- Por todo lo expuesto, y para concluir, cabe afirmar que nuestros clientes, la clínica Aqualum S.L y sus facultativos, no han acometido ninguna actuación negligente, ni han infringido la *lex artis ad hoc* a la hora de llevar a cabo la cirugía estética a Dª Eulalia, ya que los daños sufridos eran riesgos típicos de la cirugía que se preveían en el consentimiento informado el cual suscribió fehacientemente la paciente. Por tanto, no se puede exigir ningún tipo de responsabilidad civil a esta parte, por lo que se debe proceder a desestimar la pretensión formulada de contrario y absolver a la parte demanda.

7. BIBLIOGRAFÍA.

ARNAU MOYA, F. «Reflexiones críticas sobre la responsabilidad civil en materia de cirugía estética en España», en *Actualidad jurídica iberoamericana* nº 18, febrero 2023, p. 1962.

ALONSO PÉREZ, M. T, «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado y los contratos de servicios\obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español» en *Revista de Derecho Civil* vol. 6 nº 2 (abril-junio), pp. 169-205.

ALONSO PÉREZ, M. T, «Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos», J.M. Bosch Editor, 1997 pp. 107 y ss.

ALONSO PÉREZ, M. T, «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal supremo de 2 de diciembre de 1997)» en *Anuario de Derecho Civil* vol. 51 nº 2, 1998 pp. 887-916.

BELLO JANEIRO, D. «Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», Reus, S.A, Madrid, España, 2009, pp. 47-90.

BLASCO IGUAL, M. «El derecho de información en medicina curativa y satisfactiva», en *Revista Clínica de Medicina de Familia* vol. 8 nº 1, febrero 2015 (Revista electrónica).

GARCÍA HUAYAMA, J. C, «Responsabilidad civil médica y consentimiento informado » en *Revista Derecho y cambio social*, núm. 44, 2016, pp. 5-9.

LLEDÓ YAGUE, F. «Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del “cirujano” en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, p. 23-26.

LÓPEZ CARMONA, V. «Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva», *Vol. 23. Extraordinario XXII Congreso 2013*, p. 184.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «El daño por falta de consentimiento informado en el ámbito sanitario», *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, núm. 8, septiembre 2022 (Revista electrónica).

MARTÍN LEÓN, A. «Lex artis y protocolos médicos», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Lorenzo Morillas Cueva (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 200, pp. 467-473.

MARÍN VELARDE, A. «Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, p. 53-58.

MUNAR BERNAT, P. A «El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 112-113.

MORILLAS FERNÁNDEZ M. « Responsabilidad civil médica y ausencia de consentimiento informado», en AA.VV., *Responsabilidad civil médica civil y penal por presunta mala práctica profesional(el contenido reparador del consentimiento informado)*, Francisco Lledó Yagüe (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 184-190.

PEÑA LÓPEZ, F. «El diez a quo y el y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación » en *Revista Para el análisis del Derecho*, núm. 4/2011, p. 4.

PÉREZ VALLEJO, A. M. «Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria. Perfectiva o satisfactiva», en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Lorenzo Morillas Cueva (Dir. et al), Dykinson, Madrid, España, 200, pp. 565-566.

SÁNCHEZ GARCÍA, M. M, «El daño desproporcionado» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8/2013, p. 244.

8. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990 – Roj. STS 1990/668.

Sentencia del Tribunal Supremo 29 de junio de 1990 – Roj. STS 1990/1668.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 – Roj. STS 1991/2209.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 – Roj. STS 1994/3073.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997 – Roj. STS 83/1997.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1998 – Roj. STS 812/98.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 – Roj. STS 8928/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio del 2000 – Roj. STS 11909/2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 – Roj. STS 2001/3.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001 – Roj. STS 2001/7130.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002 – Roj. STS 656/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2002 – Roj. STS 667/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003 – Roj. STS 2003/6065.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 – Roj. STS 2004/3605.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004 – Roj. STS 2004/3958.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 – Roj. STS 2005/995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 – Roj. STS 2006/2399.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 – Roj. STS 465/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de mayo de 2007 – Roj. STS 2007/3553.

Sentencia del Tribunal Supremo 23 de octubre de 2008 – Roj. STS 2008/5789.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 – Roj. STS 2009/4323.

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010 – Roj. STS 6865/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010 – Roj. STS 4725/2010.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011 – Roj. STS 2011/2633.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2011 – Roj. STC 37/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011 – Roj. STS 2011/3279.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011 – Roj. STS 186193/2011.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2012 – Roj. STS 2012/8.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2012 – Roj. STS 333/2012.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014 – Roj. STS 2014/2477.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 – Roj. STS 206/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 – Roj. STS 240/2016.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 – Roj. STS 1084/2018.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2021 – Roj. STS 4355/2021.