



Roj: **SAP B 4955/2014 - ECLI: ES:APB:2014:4955**

Id Cendoj: **08019370132014100221**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **14/05/2014**

Nº de Recurso: **398/2013**

Nº de Resolución: **231/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FERNANDO UTRILLAS CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

**DE**

**BARCELONA**

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº **398/2013** 3ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 399/2011

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 4 **BARCELONA**

**S E N T E N C I A** Núm. **231/14**

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de **Barcelona**, a catorce de mayo de dos mil catorce.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta **Audiencia Provincial**, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 399/2011 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 4 **Barcelona**, a instancia de D/Dª. Edemiro contra D/Dª. CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA, S.A. , los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por CORPORACION DERMOESTETICA, S.A. contra la Sentencia dictada en los mismos el día 24 de marzo de 2013 por el/la Juez del expresado Juzgado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda deducida por la postulación procesal de DON Edemiro y condeno a la mercantil demandada a: 1.- la devolución del importe de la operación, 4.618 ? ;2.- por los conceptos de carencia de resultado, cifra ponderada, otros 5.000?. ; 3.- por daño moral, atendiendo a la especificidad del actor, otra suma ponderada de 5000?; 4.- intereses legales. 5.- cada parte asume sus costas y las comunes por mitad."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma ; elevándose las actuaciones a esta **Audiencia Provincial**, .

**TERCERO.-** Se señaló para votación y fallo el día 14 de mayo de 2014 .



**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/D<sup>a</sup>. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Apela la parte demandada Corporación Dermoestética, S.A. la sentencia de primera instancia que, estimando parcialmente la demanda formulada por el demandante D. Edemiro , en ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, con fundamento en los artículos 1101 y concordantes del Código Civil , condena a la demandada al pago al actor de la cantidad de 14.618 ? (4.618 + 5.000 + 5000), para el resarcimiento de las secuelas de la abdominoplastia, practicada el 13 de enero de 2009, solicitando la apelante la desestimación de la demanda.

Centrada así la cuestión discutida, es doctrina reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 25 de abril de 1983 , 9 de marzo de 1984 , 21 de junio y 1 de octubre de 1985 , 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 , y 19 de febrero y 24 de octubre de 1987 ) que la declaración de responsabilidad por culpa hace precisa la conjunción del triple requisito de, la existencia de una acción u omisión antijurídica y negligente, un resultado dañoso, y la relación de causa a efecto entre la acción y el daño, requisitos que, en aplicación de la norma general sobre distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , incumbe probar a quien los alega, si bien, en cuanto a la culpa contractual, o extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo imponen los artículos 1101 y 1902 del Código Civil , ha ido evolucionando a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1943 hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica, lo que se traduce en el plano procesal en la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, de manera que ha de presumirse "iuris tantum" la culpa del autor o agente del evento dañoso, a quien incumbe acreditar que obró con toda la diligencia debida para evitar o prevenir el daño.

Por el contrario, en materia de asistencia médico-quirúrgica, ha venido siendo doctrina reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 12 de febrero , y 6 de noviembre de 1990 ; 11 de marzo y 8 de mayo de 1991 ; 20 de febrero y 13 de octubre de 1992 ; 2 de febrero , 15 de marzo , y 17 de mayo de 1993 ), que la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; pudiendo añadirse que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen; estando por tanto a cargo del paciente o demandante la prueba de la culpa, y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico ( Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1987 y 12 de julio de 1988 ), que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo ( Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1988 ), o más generalmente en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación ( Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1988 ), habiendo sido admitida la responsabilidad en aquellos casos en que se logró establecer ese nexo causal entre el acto culpable o negligente, o la omisión previsible o evitable, y el daño, denegándose la indicada responsabilidad cuando, por el contrario no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender el resultado dañoso de la misma.

En los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1993 , para la apreciación de la existencia de culpa en la actuación del médico o facultativo es preciso acreditar firmemente, sin dudas ni meras sospechas, que ha habido negligencia en la aplicación de la "lex artis", lo que lleva a la doctrina a la aplicación en su estricto sentido de los artículos 1902 y 1903, así como el artículo 1104 del Código Civil .

Por otro lado, y de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1994 , en la determinación de los deberes del facultativo, que integran la obligación de medios, es decir la obligación de poner los medios para la deseable curación del paciente o la evitación de complicaciones derivadas del tratamiento, cualquiera que sea el resultado de éste, se incluye como deber fundamental el de utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de modo que, como recogen entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Febrero y 29 de Junio de 1990 , 11 de Marzo de 1991 , y 23 de Marzo de 1993 , la actuación del facultativo se rija por la denominada "lex artis ad hoc", lo que permitirá calificar su actuación como conforme o no a la técnica normal requerida.

Ahora bien, es igualmente doctrina reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 , 28 de junio de 1997 , o 11 de diciembre de 2001 ; RJA 3073/1994 , 5151/1997 , y 2711/2002 ), que si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al



profesional sanitario para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que el contrato que liga al médico y al paciente cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros supuestos en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico, como es el caso de la cirugía estética ( Sentencia de 28 de junio de 1997;RJA 5151/1997 ), o el tratamiento para el alargamiento de las piernas ( Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997;RJA 8964/1997 ); o para la transformación de una actividad biológica, como es la actividad sexual, en el supuesto de la colocación de un dispositivo intrauterino anticonceptivo ( Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999;RJA 7272/1999 ); determinadas intervenciones en oftalmología ( Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999; RJA 7998/1999 ); o el tratamiento odontológico ( Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999 ; RJA 6330/1990 ), el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, 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.

En este caso, según resulta del "contrato para realizar la cirugía estética", de 8 de enero de 2009 (doc 2 de la demanda; y doc 2 de la contestación), el tratamiento médico prestado al actor consistió en una dermolipectomía abdominal o abdominoplastia que, según el "consentimiento informado para realizar la abdominoplastia" (doc 3 de la contestación) es un procedimiento quirúrgico que elimina el exceso de piel y tejido graso del abdomen medio y bajo, y que tensa los músculos de la pared abdominal.

Por lo que, en el presente caso, el contrato de cirugía estética, según la doctrina expuesta, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, se aproxima al arrendamiento de obra, siendo así que la obligación de la demandada, en este caso, era de resultado, de modo que, de estimarse acreditado que la actividad médica no produjo el resultado previsto, según doctrina comúnmente admitida, procedería apreciar el deber de reparar ( Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001;RJA 2711/2002 ).

Por otro lado, es igualmente doctrina reiterada que, conforme al sistema de garantías y responsabilidad que establecía el Capítulo VIII de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en la actualidad los artículos 147 y 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el usuario de servicios sanitarios tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización del servicio le irroque, salvo que aquellos daños le estén causados por su culpa exclusiva ( Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997;RJA 604/1997 ); siempre que concurren los requisitos necesarios de: la condición de consumidor o usuario en la persona que reclame una indemnización, la demostración de daños y perjuicios por la utilización de productos o servicios, y la ausencia de culpa exclusiva suya o de quienes deba responder ( Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1996;RJA 4853/1996 ); de modo que la responsabilidad, de carácter objetivo, que, en relación con los servicios sanitarios, establece la referida normativa cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen 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 usuario, niveles que se presuponen para el servicio sanitario ( Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998 , y 22 de noviembre de 1999 ; RJA 3717/1998 , y 8618/1999 ; RJA 3717/1998 , y 8618/1999 ), aunque no cabe admitir que se instaure, sin más, el principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo, por estar supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil ( Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 (RJA 6581/1994 ).

En el fundamento de la responsabilidad prevista en la normativa protectora de los consumidores y usuarios se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos, mediante la configuración de una responsabilidad prácticamente objetiva, sólo excluida cuando los daños y perjuicios estén causados por la culpa exclusiva del perjudicado ( Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998;RJA 3717/1998 ).

En cuanto a la relación de causalidad, la doctrina jurisprudencial definidora del principio de causalidad adecuada, que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada, y suficiente de la determinación de la voluntad ( Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1990 y 23 de septiembre de 1991 ),es complementada por la moderna doctrina que permite valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, de modo que si bien, en ocasiones, es posible acudir a las presunciones, a falta de prueba directa, y como último eslabón de la cadena probatoria del nexo causal ( Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1992 y 12 de febrero de 1990 ) para apreciar la responsabilidad del agente, será



en todo caso preciso que el resultado sea consecuencia natural, adecuada, y suficiente de la determinación de la voluntad activa u omisiva, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo ( Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 ).

En el presente caso, resulta de la prueba documental y el informe del perito judicial Dr. Romulo , de 2 de mayo de 2012 (f.225 y ss), emitido, bajo su responsabilidad, después de haber practicado al paciente una ecografía, el 4 de abril de 2012 , y un TAC el 19 de abril de 2012 , que en la actualidad no se evidencia ninguna hernia o eventración; que en la fosa ilíaca derecha existe un adelgazamiento y discreta irregularidad, lo que puede interpretarse como una debilidad de la pared abdominal, atribuible a la apendicectomía del año 2007; y que el estreñimiento es anterior incluso a la apendicectomía, que se le practicó el 1 de diciembre de 2007, por lo que no tiene relación de causalidad con la abdominoplastia.

Igualmente resulta de los informes del Dr. Luis Pedro , Psiquiatra del Centre de Salut Mental d'Adults de las Germanes Hospitalàries del Sagrat Cor de Jesús, de 28 de junio de 2010 (doc 7 de la demanda), y 29 de noviembre de 2011 (f.166 y 167), que el Sr. Edemiro padece un trastorno psiquiátrico grave, desde hace quince años, estando diagnosticado de trastorno bipolar, y trastorno de ansiedad con agorafobia, por lo que el trastorno psiquiátrico tampoco trae causa de la abdominoplastia.

Ahora bien, resulta de la prueba documental, el informe del perito de la actora Dr. Benigno , de 10 de noviembre de 2010 (doc 11 de la demanda), y el informe del perito judicial Don. Romulo , de 2 de mayo de 2012(f.225 y ss) que el resultado final de la abdominoplastia, desde el punto de vista estético, es incorrecto, por haberle quedado al paciente una cicatriz de 34 cm de longitud, que se encuentra ubicada por debajo del ombligo, en una posición excesivamente alta, lo que ocasiona la aparición de dos hemiabdomenes, uno entre el ombligo y la cicatriz, y otro entre la cicatriz y el pubis, prácticamente equidistantes, lo que hace difícil ocultar la cicatriz.

Atendido lo anterior, no se estima excesiva la indemnización fijada en la sentencia de primera instancia, consistente en la devolución del coste de la intervención quirúrgica, por importe de 4.618 €, más 5.000 €, en concepto de resarcimiento, por el perjuicio estético, que ha sido resultado de la actuación quirúrgica de la demandada.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo de la apelación.

**SEGUNDO** .- En cuanto a los daños morales, es cierto que, en relación con el daño moral con causa en un incumplimiento contractual, la doctrina es poco proclive a la extensión del resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual, no obstante la norma del artículo 1107 del Código Civil que prevé el resarcimiento de todos los daños y perjuicios, incluidos los daños morales ( Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994;RJA 6787/1994 ).

Iniciada la indemnización del daño moral en el campo de la culpa extracontractual, se amplió posteriormente su ámbito al contractual ( Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984 , 27 de julio de 1994 , 22 de noviembre de 1997 , 14 de mayo y 12 de julio de 1999 ( RJA 2403/1984 , 6787/1994 , 8097/1997 , 3106 y 4770/1999 ), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del "pretium doloris" y los ataques a los derechos de la personalidad, de modo que se acogen en la doctrina supuestos en que es apreciable el criterio aperturista, con fundamento en el principio de indemnidad, y con causa generatriz en el incumplimiento contractual ( Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 , y 18 de noviembre de 1998 ; RJA 3793 y 7235/1996 , y 8412/1998 ), lo que sin embargo no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria ( Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000;RJA 5089/2000 ).

En este sentido, de acuerdo con la doctrina contenida en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000;RJA 5089/2000 , se hace preciso que la aflicción o perturbación que integra el daño moral, susceptible de ser indemnizado, sea de alguna entidad, pudiendo entenderse que según la referida sentencia se hace precisa la exigencia de un triple requisito para que pueda prosperar la acción de resarcimiento por este concepto: que el incumplimiento contractual sea totalmente injustificable; que sea importante; y que el incumplimiento produzca un sufrimiento o padecimiento psíquico que únicamente puede ser reparado mediante la indemnización del daño moral.



En este caso, resulta de los informes del Dr. Luis Pedro , Psiquiatra del Centre de Salut Mental d'Adults de las Germanes Hospitalàries del Sagrat Cor de Jesús, de 28 de junio de 2010 (doc 7 de la demanda), y 29 de noviembre de 2011 (f.166 y 167), y la ausencia de prueba en contrario, que, aunque el trastorno psiquiátrico grave que padece el actor es anterior a la abdominoplastia, lo cierto es que, a consecuencia de las secuelas físicas o estéticas postquirúrgicas, que fueron causadas, o que, al menos, no fueron solucionadas, con la abdominoplastia, el paciente padece un estrés emocional añadido, con importantes fobias estéticas evitativas, alejamiento social, abandono global de actividades, desesperanza, y pensamientos autodestructivos.

Por lo que, atendido el padecimiento psíquico que tiene que soportar el demandante, no se estima excesiva la indemnización, por este concepto, por importe de 5.000 €, fijada en la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo, y por consiguiente del recurso de apelación de la parte demandada.

**TERCERO** .- De acuerdo con el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante.

**CUARTO** .- De acuerdo con la Disposición Adicional Quince.9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , añadida por el artículo 1.19 de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre , siendo la resolución desestimatoria del recurso de apelación, procede la pérdida del depósito para recurrir.

## FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la parte demandada Corporación Dermoestética, S.A., se CONFIRMA la Sentencia de 24 de marzo de 2013, dictada en los autos nº 399/11 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de **Barcelona** , con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante, y con pérdida del depósito para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, y recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días desde su notificación.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.- Barcelona,**

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando **audiencia** pública. DOY FE.