

Roj: **STS 206/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:206**Id Cendoj: **28079110012015100031**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2015**Nº de Recurso: **2434/2012**Nº de Resolución: **18/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 2476/2012,**
STS 206/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 754/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Nicanor , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Antonio Ramón Rueda López. No ha comparecido la parte recurrida ante este Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Elena Soler Gorriz, en nombre y representación de doña Rosa , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dorsia Valencia S.L y contra don Nicanor y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1º) Se condene conjunta y solidariamente a los demandados Dorsia Valencia, SL y Nicanor a pagar a la actora la cantidad de SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS VEINTISEIS EUROS Y DIECISEIS CÉNTIMOS (74.426,16 céntimos.), en base a los siguientes conceptos:

a) Coste de la operación estética financiado. Importe: 4.652,88 €

b) Daños y perjuicios físicos y psíquicos ocasionado consecuencia de las intervenciones a que fue sometida la actora: 50.000 €.

c) Incapacidad temporal consecutiva a las intervenciones sufridas: dos días de hospitalización, 20 días improductivos y 480 días no improductivos, que, por aplicación analógica del Baremo de la Ley 30/95, resultan un importe de 13.773,28 E.

d) Coste estimativo de la reintervención reparadora, por importe aproximado de 6.000 Euros, sin perjuicio de la valoración concreta correspondiente a la fecha de la posible intervención.

Todo ello más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la fecha de interposición de la presente demanda.

2º) Se condene a la demandada Dorsia Valencia, S.L. a pagar a la actora la cantidad de OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES EUROS Y CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (863,52 euros), correspondientes al coste del



tratamiento de fotodepilación financiado, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la presente demanda.

3º) Se solicita la expresa imposición de costas a los demandados.

2.- La procuradora doña Sara Gil Furió, en nombre y representación de Dorsia Valencia SL, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime en su totalidad la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

La procuradora doña María Teresa de Elena Silla, en nombre y representación de don Nicanor , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime en su totalidad la demanda y en consecuencia se proceda a su condena en costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia dictó sentencia con fecha doce de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO: *Que desestimo íntegramente la demanda presentada por la procuradora doña Elena Soler Gorriz, en nombre de Rosa , contra Dorsia Valencia S.L. y Nicanor , sin hacer condena en costas.*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación por la representación procesal de don Rosa . La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 18 de junio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de doña Rosa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Valencia en fecha 12 de diciembre de 2011 en auto de juicio ordinario número 754/2008 la que revocamos y en su lugar estimamos parcialmente la demanda y condenamos a D. Nicanor y a Dorsia Valencia S.L. en forma solidaria al pago de la cantidad de 15.194,69 euros mas intereses legales correspondientes desde la fecha de interposición de la demanda y hasta su completo pago, absolviendo a las partes demandadas del resto de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas ocasionadas en la Primera Instancia ni de las devengadas en esta alzada.*

Dese al deposito constituido el destino legalmente previsto.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Contra la presente no cabe recurso alguno sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a interponer dentro de los veinte días siguientes a su notificación .

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Nicanor con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Sobre la interpretación jurisprudencial de contrato que une a médico y paciente en sede de responsabilidad sanitaria: sentencias del TS opuestas a la fundamentación de la sentencia recurrida analizadas: STS de 27 de septiembre de 2010 y STS de 22 de Noviembre de 2007 . No analizadas: STS de 30/6/2009, 20/11/2009 y 12/3/2008. **SEGUNDO.-** Sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica. opuestas a la fundamentación de la sentencia recurrida analizadas: STS de 20 de noviembre de 2009 , y STS de 30 de junio de 2009 . No analizadas pero igualmente aplicables STS de 27/09/2010 , 22/11/2007 y 12/03/2008 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 30 de Abril de 2013 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de enero de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Rosa formuló demanda sobre reclamación de daños y perjuicios con fundamento en los contratos suscritos con la clínica Dorsia para someterse a una intervención de aumento de pecho y drenaje linfático manual, según recomendación del facultativo doctor Juan Enrique , que fue practicada por el codemandado doctor Nicanor . Asimismo contrató la demandante la eliminación del vello de axilas e ingles sugiriendo la clínica el sistema de foto depilación, sin que obtuviera en ninguno de estos casos el resultado



deseado. Interesaba una sentencia por la que se condene conjunta y solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de 74.437,13 euros .

Son hechos acreditados de la sentencia los siguientes: doña Rosa acudió a la Clínica Dorsia con la finalidad de someterse a una intervención para mejorar su pecho. Atendida en esta primera visita Don. Juan Enrique el facultativo le informó sobre las técnicas existentes, características y efectos de las mismas, acordándose descartar la elevación de pecho a través de la mastopexia dadas las cicatrices residuales que produce dicha técnica y optando únicamente por el aumento de pecho mediante el implante de prótesis mamarias. En fecha 4 de julio de 2005 se suscribió contrato entre las partes para la práctica a la paciente de drenaje linfático manual y aumento de pecho. Asimismo suscribió en fecha 19 de octubre del mismo año otro contrato para la eliminación total del vello de axilas e ingles mediante el sistema de foto depilación. Para el pago de los referidos tratamientos suscribió la demandante sendos contratos de préstamo por importes de 4.100 euros y 746 euros respectivamente La Sra. Rosa fue operada el 7 de septiembre de 2005 por Don Nicanor , recurrente, al que conoció el mismo día de la operación y quien le informó de Don. Juan Enrique no podía llevar a cabo la intervención, aceptando la paciente ser intervenida por el codemandado y suscribiendo previamente al inicio de la operación los documentos de consentimiento informado, practicándose a la actora una operación de aumento de pecho -o mamoplastia de aumento- mediante el implante de sendas prótesis mamarias de gel cohesivo de silicona con superficie rugosa de 310 ml. de volumen, de la casa francesa Poly-Implant-Prothesis en plano parcialmente subpectoral y por incisión periareolar. Tras esta intervención se aprecia que ha aumentado el volumen de los pechos, si bien continua la asimetría (mayor la izquierda) preexistente pero aun no ha disminuido la ptosis (caída). Descontenta la Sra. Rosa con el resultado de la primera operación, en cuanto no se había producido el efecto de levantamiento de pecho deseado, formuló queja ante los servicios de la clínica demandada sometándose a una segunda intervención el día 24 de noviembre de 2006 llevada a cabo nuevamente por el doctor Nicanor sin coste alguno para la paciente en la que la técnica empleada fue la de la mastopexia peroareolar y vertical, previa suscripción del correspondiente consentimiento informado. En fecha 18 de mayo de 2008 la paciente acude al servicio de urgencias donde tras el preceptivo reconocimiento se aprecia una tumoración de unos 2x2 cms. de tamaño en el cuadrante inferior externo de la mama derecha y adenopatía dolorosa en la axila derecha.

En fecha 5 de junio de 2008 la Sra. Rosa es nuevamente intervenida por el doctor Edmundo extrayéndosele los implantes mamarios que se encontraban en mal estado con colocación en el espacio retropectoral y la asociación de una mastopexia en T invertida.

La demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 5 de junio de 2008 hasta el 2 de julio de 2008 siendo el diagnóstico de la baja: mastopexia. En cuanto al tratamiento de foto depilación, suscribió el consentimiento informado en fecha 26 de octubre de 2005 recibiendo seis sesiones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con el argumento de que la técnica empleada fue correcta, de que la actora no cumplió el calendario de revisiones y de que lo que ocurrió realmente es que los implantes que se le pusieron pertenecían a una partida defectuosa, lo que no es normal. Se deterioraron y le produjeron graves molestias, lo que no fue debido a una mala praxis.

La sentencia de la Audiencia Provincial resuelve el caso a partir de la doctrina jurisprudencial que considera de aplicación al caso enjuiciado sobre la obligación de medios y de resultados en una intervención como esta. Dice lo siguiente: *"en relación al contenido de la prestación del profesional sanitario en los supuestos de cirugía estética como el que aquí nos ocupa, el Tribunal Supremo ha establecido entre otras en STS de 29-10-2004 que si bien en principio el contrato que vincula al médico y paciente en la medicina curativa es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medios; sin embargo, también en la actuación médica se da el contrato de obra, con obligación de resultado, en casos de cirugía estética (Sentencias de 21 de marzo de 1950 28 de junio de 1997 y 22 de julio de 2003) de ahí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional con la "locatio operarum" y una "cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética como la presente) que identifican aquella con la "locatio operis", esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (STS de 11-5-2001 , 25 abril 1994 y 14 noviembre 1996), añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 febrero 1997 que esta distinción tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, pues en lo que aquí importa, la relación contractual médico-paciente al derivar de contrato de obra, por el que una parte - el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra, la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado y en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso surge la responsabilidad del facultativo. La STS Sala 1ª de 22 de junio de 2004 cita*



expresamente como representativas de la doctrina sobre obligación de resultado en los casos de medicina satisfactiva las sentencias de 11 de febrero de 1997, 28 de junio de 1999 y 11 de diciembre de 2001.

La Sra. Rosa acudió a la clínica Dorsia con un propósito claro: el de conseguir una mejora de su imagen, a través de la cirugía estética. Y este resultado no se produjo ni en la primera ni a través de la segunda de las operaciones practicadas por el doctor Nicanor, tal como evidencia claramente la simple visualización de las fotografías obrantes, en Autos en cuanto la primera operación no hizo más que agudizar el problema de ptosis que la paciente intentaba solventar, y en lo atinente a la segunda porque concluyo con una serie de defectos o irregularidades que los propios los doctores Edmundo y Isaac, enumeraron durante el curso de su intervención en el acto del juicio".

Consiguientemente, salvo al daño moral, no indemniza más que el coste de las intervenciones.

Se formulan dos motivos en el recurso de casación. El primero por oposición a la jurisprudencia de esta Sala sobre obligación de medios y de resultados. El segundo, sobre inversión de la carga de la prueba en materia de información.

SEGUNDO.- Se estima el primer motivo. La sentencia de la Audiencia desconoce la doctrina reiterada de esta Sala, como si no existiera, respecto de la obligación de medios y de resultados, como criterio general. La sentencia de 7 de mayo de 2014, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009)".

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013).

También se cita en la recurrida la sentencia de 26 de abril de 2007. Pero no se hace una lectura adecuada de la misma. En ella se condena al facultativo porque "ha habido un resultado prometido u ofertado que no se ha conseguido en la forma satisfactoria y adecuada que el interesado esperaba" y porque su actuación profesional se presenta efectivamente responsable por no resultar ajustada a la "*lex artis ad hoc*". Y es que una cosa es el origen del daño, contractual o extracontractual, y otra distinta la responsabilidad que, en medicina voluntaria o satisfactiva, se establece la sentencia que se cita, no por el hecho de no haberse obtenido el resultado sino porque ese resultado fue prometido u ofertado al paciente, no cliente, y porque este no se obtuvo en razón a una mala praxis médica.

TERCERO.- Ahora bien, sea cual fuera la equivocada consideración que la sentencia tiene sobre esta cuestión, lo cierto es que también imputa al facultativo la falta de información. "*El cumplimiento de tal deber, señala, no ha sido escrupulosamente acreditado por la parte demandada en esta litis, máxime cuando como hubo de admitir el doctor Nicanor durante el curso de su intervención en el acto del juicio por las características del caso de la demandante, existían distintas opciones y alternativas a la problemática que la misma presentaba, con pros y contras habiendo incluso admitido que conoció a la paciente justo antes de la operación, con las delicadas condiciones psicológicas que en aquel momento, cabe atribuir en pura lógica a la Sra. Rosa, y sin que tampoco los demandados hayan practicado la declaración del doctor Juan Enrique que al parecer fue quien habría expuesto a la demandante la naturaleza, características, posibilidades, riesgos y consecuencias de los*



tratamientos existentes en el mercado a efectos de que diera cumplida explicación de lo acontecido en aquella primera consulta. Tales circunstancias, también se suman a los factores que determinan la responsabilidad de las partes demandadas, procediendo en consecuencia la estimación de la acción ejercitada por la Sra. Rosa ".

Los efectos que origina la falta de información , dice la sentencia de 4 de marzo de 2011 , y reitera la de 16 de enero 2012 , "están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más 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 (SSTS de 12 de febrero de 2007 , 23 de mayo , 29 de junio y 28 de noviembre de 2007 ; 23 de octubre 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre 2005 - cicatriz queloidea-; 10 de mayo 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero 2004 - corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre 2006 - artrodesis-; 15 de noviembre 2006 - litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre 2010 - abdominoplastia-; 30 de junio 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre 2009 -Vitrecomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 - cifoescoliosis-; 7 de marzo 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 y 23 de noviembre 2007 -síndrome de down-).

Esta falta de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo, que se enuncia de la forma siguiente: " *sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica*" y que se argumenta con la cita de las sentencias de 30 de junio y 20 de noviembre de 2009 , 22 de noviembre de 2007 , 12 de marzo 2008 y 27 de septiembre de 2010 . Pues bien, ni el recurso de casación es el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, ni las posibles contradicciones en que la sentencia haya podido incurrir sobre la información, determinante de una posible incongruencia interna, son propias de este recurso. Lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y ésta imputación no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a la indemnización por todos los perjuicios ocasionados puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma.

CUARTO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación del recurso y la imposición de las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso formulado por la representación legal de don Nicanor , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, de fecha 18 de junio de 2012 , con expresa imposición de las costas causadas a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.