



Roj: **SAP CU 1/2017 - ECLI:ES:APCU:2017:1**

Id Cendoj: **16078370012017100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cuenca**

Sección: **1**

Fecha: **03/01/2017**

Nº de Recurso: **196/2016**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN GONZALEZ CARRASCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**CUENCA**

*SENTENCIA: 00001/2017*

N10250

CALLE PALAFOX S/N

Tfno.: 969224118 Fax: 969228975

JGB

**N.I.G.** 16078 41 1 2014 0003152

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000196 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de CUENCA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000615 /2014

Recurrente: Leovigildo

Procurador: MARTA GONZALEZ ALVARO

Abogado: SANTIAGO MARIA MARTINEZ ORTEGA

Recurrido: LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY SL

Procurador: MARIA JOSEFA HERRAIZ CALVO

Abogado: FRANCISCO E. BUITRAGO SAUCO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA.

Apelación Civil nº 196/2016

Juicio Ordinario nº 615/2014.

Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Cuenca

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Sr. Martínez Mediavilla.

Magistrados/as:

Sr. Casado Delgado

Sra. González Carrasco (ponente)

**SENTENCIA N° 1/2017**

En la ciudad de Cuenca, a tres de enero de dos mil dieciséis.

Vistos, en trámite de recurso de apelación n° 196/2016, los autos de Juicio Ordinario n° 615/2014 procedentes del Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Cuenca, seguidos por D. Leovigildo, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Sr/a. MARTA GONZALEZ ALVARO y asistido por el Letrado D. SANTIAGO MARIA MARTINEZ ORTEGA, frente a LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY SL, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> JOSEFA HERRÁIZ CALVO y asistida por el Letrado D. FRANCISCO BUITRAGO SAUCO, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal DE Leovigildo contra la Sentencia dictada en primera instancia, por el ya referido Juzgado, en fecha 4 de enero de 2016.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

I.- Que por el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Cuenca se dictó Sentencia, en fecha 4 de enero de 2016, en cuyo Fallo se estableció lo siguiente:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por Leovigildo contra LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY, S.L. debo absolver y absuelvo a la parte demandada de las acciones ejercitadas frente a ella en el presente procedimiento, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

II.- Que notificada la anterior Resolución a las partes, por la representación procesal de D. Leovigildo se preparó e interpuso contra ella recurso de apelación. En tal recurso, tras invocarse las alegaciones que se estimaron oportunas, se interesó de esta Sala que estimando el recurso de apelación interpuesto, revoque la sentencia de instancia y estimando íntegramente la demanda, condene a la parte demandada al abono de 10.064,5 euros, por los daños y perjuicios causados al demandante, así como a los intereses y a las costas causadas.

Dicho recurso se basa, en síntesis, en:

1. La existencia de un consentimiento informado incompleto e insuficiente, no comprensivo de los riesgos finalmente materializados.
2. La pretendida falta de coherencia del fallo absolutorio con la previa declaración de existencia de una relación contractual entre los litigantes, un daño cierto, y de encontrarnos en un supuesto de responsabilidad objetiva que corresponde a los prestadores de servicios sanitarios según el art. 148 del Texto Refundido de la Ley de consumidores y Usuarios aprobado por RD Leg. 1/2007 (en adelante, TRLCU).
3. La inexistencia de una interferencia de la acción posterior del actor en el nexo causal, al negar haber recibido nuevo tratamiento posterior en la zona afectada y, aunque así fuera, por ser la nueva depilación realizada imputable a la negligencia de la demandada.
4. El error en la valoración de la prueba por considerar la sentencia de instancia que no ha resultado acreditada en el proceso la existencia de la secuela.

III.- Que admitido a trámite el recurso de apelación, y dado el correspondiente traslado del escrito de interposición, la representación procesal de LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY, S.L. presentó escrito de oposición al mismo; interesando la íntegra confirmación de la Sentencia de instancia, con imposición de las costas a la parte recurrente.

IV.- Que recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial, se procedió a formar el correspondiente Rollo de apelación; asignándole el número 196/2016. Se turnó la ponencia y se señaló para su resolución el 13.12.2016.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La correcta resolución del presente recurso de apelación requiere delimitar las cuestiones que deben abordarse en esta alzada y las que no pueden volver a ser reproducidas por haber asumido la juzgadora la tesis de la parte demandada, ahora apelante. Dichas cuestiones son: a) la existencia de una relación contractual entre la demandada y el receptor del tratamiento láser, b) la existencia de unas quemaduras de segundo grado aparecidas inmediatamente después del tratamiento que consta en la demanda - como hecho distinto de las secuelas en sí mismas consideradas y valoradas por el perito del actor, sobre las que luego volveremos.

Son, sin embargo, cuestiones a resolver en la presente alzada: a) la existencia de un consentimiento informado suficiente para el acto sanitario realizado, que la sentencia de instancia ha considerado suficiente en contra



del criterio del actor; b) el alcance de la responsabilidad objetiva derivada de la medicina estética o satisfactiva en relación con el art. 148 del TRLCU (alegada por el recurrente) y con la caracterización como contrato de obra o resultado que pretende el apelante; y c) el error en la valoración de la prueba sobre la existencia de las secuelas y la relación de causalidad entre el tratamiento recibido y los daños valorados por el perito, que el recurrente imputa a la sentencia de instancia.

SEGUNDO-. Se alza el apelante en primer lugar contra la consideración de la Juzgadora sobre la corrección y suficiencia del consentimiento informado otorgado por el recurrente al tratamiento recibido. Ya en la demanda se alegaba que el documento entregado al actor estaba sin firmar, y en esta alzada reitera que no comprendía todos los riesgos que podían derivarse del tratamiento de depilación, así como que el mismo no era correcto en la descripción de dichos riesgos, ya que las quemaduras (riesgo previsible) no habían cursado de la forma favorable que dicho documento explicaba, debiéndose aplicar la doctrina sobre la exacerbación de los deberes de información asistencial previa en los tratamientos de medicina satisfactiva.

Pocos conceptos jurídicos han sido objeto de un uso tan estereotipado como el del consentimiento informado previo a la actividad sanitaria. De lo dispuesto en los artículos 4 y 9 de la ley 41/2002, de información y documentación clínica y autonomía del paciente, y de la más reciente jurisprudencia recaída sobre los mismos, se deriva que el consentimiento informado no es un documento, ni la firma del mismo implica de por sí la comprensión de la información asistencial contenida en él, que a menudo deviene inútil al sobrecargarse de tecnicismos y riesgos tan generalizados que no permiten identificar los característicos del concreto tratamiento ( STS -3ª- 3 octubre 2000). El consentimiento informado es un proceso de interacción entre profesional sanitario y paciente, preferentemente verbal, que permite entender recibida una información adecuada y suficiente para comprender el alcance de la intervención, los riesgos más frecuentes y los patognomónicos, así como las alternativas al tratamiento, constituyendo el documento escrito y firmado a tal efecto un mero requisito *ad probationem* ( STS -1ª-9 mayo 2014).

Desde esta perspectiva, el consentimiento resultante de una información previa completa, adecuada y suficiente existió, pues el actor es quien aporta el documento al proceso tras haberse sometido al tratamiento (luego reconoció con sus actos haberlo entendido y aceptado). Por lo tanto, la juzgadora ha interpretado correctamente la existencia de consentimiento informado.

Es cierto que la doctrina y la jurisprudencia han establecido una diferencia entre la responsabilidad por defectos de información en la medicina satisfactiva que en la curativa, de forma que los profesionales sanitarios asumen todos los riesgos materializados sobre los que no se advirtió al usuario, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa, por no poder presumirse su aceptación de haber conocido los mismos, al no tratarse de tratamientos necesarios para la conservación o la recuperación de la salud [por todas, SSTS (1ª) de 4 de marzo de 2011 y 23 mayo 2007]. Pero la anterior doctrina tiene su razón de ser únicamente en los supuestos en que el evento dañoso no es imputable al profesional a título de negligencia por no constituir una mala praxis en sentido material. Por ello, la responsabilidad por los daños corporales derivados de la actuación sanitaria se desconecta de la doctrina elaborada en torno al consentimiento informado en dos grandes grupos de casos: cuando no exista prueba bastante de la relación de causalidad entre aquél y la actividad desarrollada (o dicho nexo causal haya quedado destruido por la existencia de interferencias relevantes que exceden de la esfera de riesgo del demandado), y b) simplemente, cuando lo que se plantea no es un problema de responsabilidad por la materialización de un riesgo no comunicado al paciente, sino un problema de mala praxis probada o, en su caso, de imputación objetiva, caso en que la existencia de un consentimiento informado descriptor de todos los riesgos posibles no exime de responsabilidad por mala praxis ([ SSTS -1ª- 23 abril 1992, y 26 septiembre 2000; STSJ Navarra 6 marzo 1996]). En este mismo sentido la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo insiste en que "existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada" [ SSTS (3ª) 10 octubre 2000 y 7 junio 2001]. La presente *litis* se incardina en este último inciso, como seguidamente se razonará, por lo que el motivo no puede estimarse.

TERCERO-. La doctrina - alegada asimismo por el recurrente- de que la medicina satisfactiva constituye un contrato de obra en el que la prestación debida lo constituye, no el tratamiento, sino un concreto resultado, tampoco puede invocarse para la estimación del recurso, y ello por dos razones. La primera es su inexactitud. La doctrina que identificaba la medicina satisfactiva con la obligación de resultado ha sido superada por una jurisprudencia según la cual la prestación derivada de cualesquiera servicios médicos es una obligación de medios y no de resultado, salvo que el resultado se pacte o se garantice ( STS -1ª-27 septiembre 2010), pues el éxito de un tratamiento sanitario, también el estético, depende de muchos factores que dependen de variables ajenas a la pericia del profesional que lo aplica, siendo así que en la mayoría de las sentencias donde se carga al profesional con una obligación tal es porque la publicidad del servicio había ofrecido previamente una garantía



de resultado-; y la segunda razón y principal, es que no se discute en esta *litis* si el usuario se liberó o no del vello tal y como esperaba, sino la circunstancia de que en relación con el tratamiento sobrevino un daño que el actor ahora apelante imputa a la mercantil proveedora del servicio.

CUARTO-. Alega asimismo el recurrente que la responsabilidad objetiva que el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias aprobado por RDLeg. 1/2007 (TRLUCU) imputa a los centros y servicios sanitarios implica, sin más consideraciones, la condena de la mercantil demandada. Esta alegación constituye una petición de principio, pues la aplicación de dicho criterio de imputación objetiva ya fue afirmado genéricamente por la Juzgadora de instancia, con base en la responsabilidad del prestador de servicios, en general ( art. 147 TRLUCU) y en el art. 28 de la Ley General para La defensa de los Consumidores y Usuarios, equivalente al 148 del Texto Refundido, por lo que no es hecho discutido en esta apelación; pero es que, ni siquiera la existencia de una responsabilidad objetiva permite obviar la prueba del daño y la relación de causalidad, cuya ausencia se erige en el motivo de la desestimación de la demanda, y por ende los que hay que resolver en esta alzada.

QUINTO-. Llegados a las razones por las que la sentencia de instancia desestima la demanda, esta Sala debe entrar a valorar si ha existido prueba del daño y relación de causalidad entre las sesiones recibidas y el daño final cuyo resarcimiento se solicitó en la demanda.

Considera la sentencia de instancia que las lesiones que se derivaron de las primeras sesiones de depilación que se refieren en el escrito demanda fueron las que conformaron la litispendencia, de forma que habiéndose probado en el juicio que el actor se sometió posteriormente a otras que no hizo constar en la demanda, proporcionadas gratuitamente por la demandada, no pueden ser tenidos en cuenta los daños aparecidos tras las mismas. Por ello, entiende que " *no puede precisarse si las secuelas que presenta son como consecuencia del tratamiento efectuado el 7 de septiembre de 2011 o de las posteriores a las que voluntariamente se prestó el actor, indicando el referido perito que si la zona afectada vuelve a ser nuevamente tratada con la técnica del láser, puede resultar agravada la lesión. Estas afirmaciones junto con el hecho de no haberse podido determinar a la fecha de la vista la situación actual de las secuelas por las que se reclama (ha de tenerse en cuenta que el perito desde 2013 no ha vuelto a ver al actor para valorar la evolución de la secuela que podría haber evolucionado) por cuanto no se interesó ni la exploración en ese acto por el referido perito, ni el reconocimiento judicial, determinan la imposibilidad de poder cuantificar el resarcimiento que procedería en el caso de que la secuela subsistiera*". Y entiende asimismo que, en todo caso, la relación de causalidad se habría destruido por la culpa (al menos concurrente en un 50%) del actor, quien se habría prestado a recibir estas nuevas sesiones láser gratuitas (como disculpa o compensación por las quemaduras producidas) sobre la zona afectada, que produjeron daños que el perito valoró como resultantes de las sesiones de láser inicialmente contratadas, en el desconocimiento de aquélla circunstancia, que se le ocultó.

Esta Sala discrepa de la delimitación de evento dañoso que realiza la sentencia de instancia, entendiendo, por el contrario:

a) Que en los procesos por responsabilidad sanitaria, la litispendencia la configura el daño final derivado de un mismo tratamiento, entendido como un proceso curativo o estético, sin limitarse a un concreto acto sanitario de entre todos los posibles a valorar dentro del tratamiento u otras acciones periféricas al mismo. Por lo que respecta al presente caso, las sesiones gratuitas compensatorias posteriores que se han estimado probadas formaron parte del mismo tratamiento de depilación del que deriva el daño, fueran anteriores o posteriores, tuvieran carácter retribuido, promocional o de simple cortesía, pues todos los servicios prestados estuvieron causalizados en un mismo contrato de prestación de servicios médico-estéticos.

b) La sentencia de instancia viene a considerar que las lesiones objeto de la demanda pudieron derivar con una probabilidad muy alta de esas sesiones gratuitas recibidas con posterioridad, que habrían venido a agravar por culpa cuando menos concurrente del actor las lesiones que a modo de riesgo frecuente estaban previstas en el documento de consentimiento informado que obra en autos. Pero este Tribunal entiende que la aplicación del tratamiento posterior en la misma zona corporal quemada no ha resultado probada por quien debía destruir la relación de causalidad una vez probadas las quemaduras iniciales. De hecho, la declaración de la madre del perjudicado en la grabación de la vista niega que dichas sesiones de cortesía se realizaran en el mismo área afectada, señalando el pecho y la parte anterior del muslo en su declaración; y el perito Sr. Edmundo , afirma que en un área quemada no vuelve a salir vello, por lo que no es una conclusión lógica la aplicación de sesiones posteriores en el mismo área de piel. Y en todo caso, aun cuando los daños ocasionados hubieran derivado de esas ulteriores sesiones gratuitas, las mismas conformarían igualmente una actuación negligente comprendida en la esfera de control del prestador del servicio de depilación, que es quien conoce las contraindicaciones asociadas al tratamiento.



c) Que en cuanto a la determinación de la relación causal entre las sesiones (todas) recibidas y las quemaduras de segundo grado que se contienen en el informe pericial, las mismas constituyen un daño que, en virtud de las normas de la carga de la prueba (y en especial, del criterio de la cercanía y facilidad probatoria recogida en el art. 217 LECiv) esta Sala considera derivados de la falta de los niveles adecuados de seguridad exigibles a las clínicas de medicina estética prestadoras de servicios de depilación por láser por la normativa que les es propia. Y ello en virtud, ahora sí, del art. 148 TRLCU, cuyo significado ha sido reconducido jurisprudencialmente a la responsabilidad daños producidos por fallos -no necesariamente imputables a los profesionales o técnicos directamente actuantes- en la organización, infraestructuras o funcionamiento del servicio sanitario prestado, como es el caso, en el que el perito apunta como causa de las quemaduras la dejación de las funciones de programación del aparato y de control por parte del personal sanitario que resulta obligatorio en este tipo de servicios, considerados sanitarios por la normativa vigente.

d) Que la demandada no ha destruido dicha relación de causalidad ni la imputación objetiva derivada de la falta de los requisitos de seguridad exigibles, puesto que no consta probado que existiera supervisión médica en su aplicación, conforme al art. 8.4 de la Orden de 18 de abril 2008 de la Consejería de Salud C-LM, que establece los requisitos técnico-sanitarios los centros y servicios de medicina estética en la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, entre los que se encuentran las técnicas de láser y luz pulsada, ni se ha probado que el aparato fuese programado por un facultativo (causa probable apuntada por el perito junto con la impericia del empleado de la clínica que aplicó el tratamiento), ni, en el caso de que las sesiones gratuitas se hubieran aplicado en el área afectada -lo cual no se considera probado ni es relevante a los efectos de declarar una concurrencia de la culpa del actor por aceptarlas, por lo ya dicho-, se habrían observado las mínimas normas de la *lex artis* en su ofrecimiento gratuito y posterior aplicación al perjudicado.

Siendo así, nada importa que las quemaduras de segunda grado fueran descritas como riesgo en el documento de consentimiento firmado, pues como ya se ha apuntado, cuando la producción del riesgo descrito es causada por mala praxis, o por un supuesto de responsabilidad del servicio sanitario por inadecuación a las normas de seguridad y calidad exigibles, su constancia en el documento de consentimiento no exime de responsabilidad.

SEXTO-. Establecida en esta alzada una nueva interpretación de la relación la relación causal y del criterio de imputación de los daños aplicable en este caso, ha de valorarse el alcance del daño resultante, cuya prueba corre a cargo del actor. El perito propuesto por su parte estableció 85 días de incapacidad y secuelas valoradas como perjuicio estético (5 puntos de 7) que suman en total 10.064,5 euros. Los días de incapacidad (85) no han sido objeto de discusión por parte de la demanda, mientras que las secuelas fueron rechazadas por la resolución recurrida sobre la base de su falta de verificación en el acto del juicio. Sin embargo, las secuelas por las que se reclama constan en el informe pericial como consolidadas, como corresponde a su definición como tales, y en tal sentido depuso el perito en la prueba testifical practicada, por lo que, entendiendo como entiende la Sala que corresponden a actuaciones incluidas en un mismo tratamiento originante de los daños, su inexistencia actual correspondía probarla a la demandada, lo que no solo no ha hecho, sino que en el acto de la vista renunció al interrogatorio del perjudicado y declinó el ofrecimiento de serle mostradas.

SÉPTIMO-. Partiendo de la existencia de secuelas, esta Sala, entrando a conocer de la gravedad y valoración de las mismas por primera vez, entiende que la valoración de 5 puntos de perjuicio estético es excesiva por las razones que se hacen constar en el mismo informe pericial, habida cuenta de que dicho perjuicio estético ha de ser valorado en su conjunto, con independencia del número de manchas concretas que han quedado tras la curación de las quemaduras, y teniendo en cuenta que se manifestará únicamente cuando el perjudicado esté bronceado, en la parte posterior de la pierna y sólo será visible principalmente en los meses de verano. Por lo tanto, se indemnizará el perjuicio estético en 3 puntos conforme a la Tabla regulada por la normativa vigente en el momento de la producción del daño que dio lugar a dichas secuelas (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), pues según la Disp. Transitoria única de la Ley la Ley 35/2015, ésta será de aplicación únicamente a aquellos siniestros que se produzcan tras su entrada en vigor, y así, para la valoración de los daños y perjuicios causados en siniestros ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de misma, subsistirá y será de aplicación el sistema recogido en aquélla, pero deberán ser económicamente valorados, a los efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado ( Sentencias TS, Sala 1ª, 429 y 430/2007, de 17 de Abril, y 782/2008, de 23 de Julio).

Siendo que la consolidación definitiva de las secuelas se produce en el año 2013, fecha del informe del perito, el actor contaba entonces con 19 años; y que tres puntos de perjuicio estético leve en esas circunstancias equivalen a 2.706,82 euros. Dicha cantidad, sumada a la de 4.697,95 euros por los días de incapacidad para realizar sus ocupaciones habituales (55,27 euros en el baremo vigente en la fecha de la incapacidad x 85 días), arroja un resultado de 7.404,77 euros, que generarán intereses desde la fecha de la presente resolución.



OCTAVO.- Habiéndose estimado parcialmente el recurso, no procede la imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ninguna de las dos instancias de este procedimiento, debiendo asumir cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, ex. arts. 394 y 398 de la LECiv.

NOVENO.- La estimación parcial del recurso conllevará la devolución del depósito constituido para recurrir, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J.

### FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso interpuesto por D. Leovigildo , representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales Dª. Sr/a. MARTA GONZALEZ ALVARO y asistido por el Letrado D. SANTIAGO MARIA MARTINEZ ORTEGA, frente a LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY SL, representado en la instancia por la Procuradora de los Tribunales Dª. Mª JOSEFA HERRÁIZ CALVO y asistida por el Letrado D. FRANCISCO BUITRAGO SAUCO, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Cuenca de fecha 4 de enero de 2016, y en consecuencia, debemos revocar y revocamos dicha resolución; y en su lugar dictamos otra por la que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Leovigildo , frente a LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY S.L. debemos condenar y condenamos a LITEC LASER INNOVATED TECHNOLOGY S.L. a abonar al actor la suma de 7.404,77 euros, con los intereses que se devenguen desde la fecha de la presente resolución, y sin imposición de las costas causadas a ninguna de las partes ni en la primera instancia ni en la presente alzada.

Se acuerda la devolución del depósito de 50 € llevado a cabo por la parte apelante para recurrir.

Póngase en conocimiento de las partes que contra esta Resolución cabe recurso de casación, por razón de interés casacional, y de infracción procesal, (en este último caso cuando concorra interés casacional y se admita conjuntamente un recurso de casación interpuesto conjuntamente contra la Sentencia), que se presentarán, en el plazo de 20 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Resolución, ante esta Audiencia Provincial; debiendo procederse en su caso, y con arreglo a la Disp. Adic. 15ª de la L.O.P.J., a la consignación del oportuno depósito.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.