



Roj: **SAP B 5453/2018 - ECLI:ES:APB:2018:5453**

Id Cendoj: **08019370012018100328**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2018**

Nº de Recurso: **13/2017**

Nº de Resolución: **351/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORS PORTELLA LLUCH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16 - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866050

FAX: 934866034

EMAIL:aps1.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158046966

Recurso de apelación 13/2017 -C

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 188/2015

Parte recurrente/Solicitante: Regina

Procurador/a: Juan Jimenez Moron

Abogado/a: Antonio Agustin Moles

Parte recurrida: CLINICA OPCION MEDICA S.L.

Procurador/a: Juan-Manuel Bach Ferre

Abogado/a: Maria Jose Izquierdo Gonzalez

SENTENCIA N° 351/2018

Barcelona, 6 de junio de 2018.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por las Magistradas **Dña. M^a Dolors PORTELLA LLUCH, Dña. Amelia MATEO MARCO y Dña. Isabel Adela GARCÍA DE LA TORRE FERNÁNDEZ**, actuando la primera de ellas como Presidenta del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº **13/17** interpuesto contra la sentencia dictada el día 22 de julio de 2016 en el procedimiento nº 188/15 tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona en el que es recurrente Dña. Regina y apelada **CLINICA OPCIÓN MEDICA S.L.** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Regina, representada por la procuradora doña Cristina Leandro Fernández, contra la entidad Clínica Opción Médica, S.L., representada



por el procurador don Juan Manuel Bach Ferré, absuelvo a dicha demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra. Se imponen a la parte demandante el pago de las costas."

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal la Ilma. Sra. Magistra/a Ponente **Dña. M^a Dolors PORTELLA LLUCH**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del litigio. Resolución de instancia. Recurso de apelación

I.- La representación procesal de Doña Regina presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción de nulidad contractual por error en el consentimiento y subsidiariamente acción de resolución del contrato de asistencia médico-quirúrgica concertado con la demandada Clínica Opción Médica SL.

Refiere la actora que por estar afecta de obesidad contrató con la demandada un tratamiento denominado "método POSE" que consistía en la reducción del estómago mediante dos punzamientos y consiguientes pliegues ejecutados por vía endoscópica, y que aceptó someterse a la referida intervención al haberle asegurado que lograría una reducción de su peso entre el 45% y el 65%, lo que no se había cumplido, así como tampoco el desarrollo de cursos y talleres postoperatorios.

La demandante califica la intervención quirúrgica de medicina voluntaria o satisfactiva con obligación de resultado y considera que la Clínica demandada no cumplió con el deber de información propio de este tipo de intervenciones sino que fue informada erróneamente de su nivel de obesidad y que no se tuvo en cuenta para pautar la conveniencia de la intervención el hecho de que presentaba un cuadro depresivo con persistencia sintomática objetivada en los estudios preoperatorios, en prueba de lo cual aportó el consentimiento informado al que atribuyó un contenido falso e incorrecto porque según la actora la técnica POSE no era un tratamiento multidisciplinar de la obesidad sino un tratamiento quirúrgico en sí mismo.

Por tales motivos concluyó que había sido víctima de un error y que su consentimiento estuvo viciado, y con carácter subsidiario que se le habían ocasionado daños y perjuicios, solicitando sentencia que declarase la nulidad por error en el consentimiento del contrato con reintegro a la actora del valor de la intervención (8.990 euros), y subsidiariamente la resolución por incumplimiento contractual de la demandada con condena a la referida parte a indemnizarla por el perjuicio causado que valoró en el precio de la intervención ya indicado.

II.- La entidad demandada se opuso a ambas pretensiones con los argumentos que muy resumidamente indicamos:

Ser falso que se hubiera garantizado el resultado de la intervención porque esta va seguida de un programa de seguimiento médico y psicológico que la actora no completó.

La obesidad no es un problema estético sino una enfermedad crónica por lo que la intervención quedaba inserta en el ámbito de la medicina de medios y no de resultados.

Disconformidad acerca de que no se hubiera facilitado a la paciente toda la información sino que se le explicó exhaustivamente que para perder peso era imprescindible la adherencia terapéutica durante los tres años de duración del tratamiento posteriores a la intervención, y que la reducción de estómago era una ayuda pero no un tratamiento milagroso.

El consentimiento informado contenía toda esta información y fue cuidadosamente leído.

No hubo ni defectuosa información ni tratamiento deficiente porque la actora no cumplió con el seguimiento establecido.

III.- La sentencia dictada en la instancia consideró que la prueba practicada permitía entender que por parte de la demandada se facilitó a la actora la información adecuada descartando de este modo que hubiera podido padecer vicio del consentimiento causado por error.

La juzgadora rechazó asimismo que la entidad demandada incurriese en el incumplimiento contractual que la actora fundaba en que no obtuvo los resultados de adelgazamiento perseguidos con el tratamiento por lo que desestimó íntegramente la demanda.

IV.- Frente a la indicada resolución ha planteado recurso la representación de la parte actora que fundamentó en las alegaciones que en síntesis indicamos:

Falsedad en la información facilitada porque el método POSE es un sistema reciente del que se desconoce su eficacia real.

Captación de la voluntad de la paciente al asignarle una obesidad Tipo III pese a que solo era Tipo II.

La depresión que padecía la paciente era un obstáculo objetivo para la intervención y se debió tratar inicialmente la depresión y no el problema de nutrición o de modificación de los hábitos alimentarios.

El consentimiento informado no ofrece la información precisa porque el tratamiento POSE es una intervención quirúrgica independiente de las otras técnicas.

SEGUNDO.- Responsabilidad civil médica

I.- En el caso de autos no se discute que la intervención quirúrgica hubiera sido incorrecta en su desarrollo y ejecución sino que se argumenta acerca de su utilidad y eficacia y se discute sobre todo que se facilitara a la paciente la información precisa para conformar adecuadamente su voluntad, con pleno conocimiento de la naturaleza de la intervención y de sus posibilidades de éxito en el objetivo de adelgazamiento pretendido por la actora.

Por tanto, no estamos ante un supuesto de negligencia médica profesional que afecte al acto médico en sí mismo considerado sino ante un caso en que se plantea que hubo una defectuosa información y que este supuesto déficit informativo vició la voluntad contractual de la paciente, y con carácter subsidiario, que la actuación médica posterior a la intervención quirúrgica incurrió en incumplimiento contractual al no lograr el resultado pretendido.

II.- En relación a la responsabilidad civil médica es de interés la STS de 13 de abril de 2016 , que cita otras muchas anteriores, y recoge 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".

Se reitera así, en esencia, la STS del TS de 24 de noviembre de 2005 del mismo Tribunal que *"en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad..., pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20 y 23 de marzo de 2001), al no poder atribuirseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 13 de julio de 1987)".*

III.- *Conforme a la doctrina expuesta, es claro que la responsabilidad que aquí se enjuicia ha de serlo en el ámbito de la culpa en lo que afecta al seguimiento postquirúrgico, y ha de analizarse la información facilitada, en particular a través del consentimiento informado, para determinar si pudo mediar el vicio de voluntad que se denuncia.*

TERCERO.- Consentimiento informado

I.- Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que analizan esta exigencia de carácter legal, sirviendo de ejemplo la Sentencia 17 de junio de 2015 al señalar que *" el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial..., constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico de la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad".*



II.- En el caso de autos, el consentimiento informado es un documento de extensión inusual (doc. 6, f. 46-52) que ofrece una detallada información acerca de la denominada cirugía POSE, firmado en cada una de sus páginas por la paciente, y que comienza con la relevante afirmación de que la obesidad tiene un origen multifactorial y que para combatirla se requiere la realización de un tratamiento multidisciplinar que ya pone al lector sobre la pista de que la naturaleza del tratamiento no empieza y acaba con la intervención quirúrgica sino que va a requerir de otras actuaciones, y expresamente indica que "El procedimiento en sí mismo no nos conducirá al éxito si nosotros no colaboramos con vocación de voluntad de cambio. Hemos de aprender a lo largo del tratamiento a modificar nuestros hábitos nutricionales incorrectos, a la vez que implementar una vida saludable a través de la actividad física y erradicar mediante el aprendizaje y el conocimiento aquellas situaciones que nos provocan ansiedad y son origen de importantes alteraciones de nuestra conducta alimentaria. Es algo que va mucho más lejos que la propia cirugía, es el tratamiento mutidisciplinar de la obesidad".

Por consiguiente, definida de este modo la naturaleza del tratamiento, es difícilmente sostenible la argumentación de la parte apelante de que la intervención quirúrgica era un tratamiento en sí mismo que debió conseguir la satisfacción del paciente porque ello no es así sino que la intervención precisa de un seguimiento posterior con ayuda y soporte de carácter psicológico y de control nutricional.

CUARTO.- Valoración de la prueba

I.- La documentación que aporta la propia parte actora y la prueba practicada en juicio acreditan que debido inicialmente a una dieta blanda seguida antes de la intervención, el día 4 de marzo de 2013 había perdido 5,80 kilos (recuérdese que la intervención había sido el día 28 de febrero de 2013), el día 4 de abril de 2013 había perdido 6,70 kilos, el día 13 de mayo de 2013 había perdido 7,30 kilos, y en la visita de 4 de julio de 2013 la pérdida de peso fue de 8,40 kilos.

La actora cumplió inicialmente con su compromiso de efectuar el seguimiento de su peso y de participar en las actividades que programaba la clínica, lográndose un éxito evidente al haber conseguido en cinco meses una pérdida de peso considerable, pero pese a ello y debido a su propia angustia por lograr mayor rapidez, abandonó todo tratamiento en la clínica a partir del día 10 de septiembre de 2013 cuando en conjunto había perdido 7,80 kilos sin que se reincorporara jamás.

Resulta incomprensible que la referida parte manifieste en el acto del juicio que estaba desmoralizada porque perdía poco peso ya que le habían asegurado una pérdida en seis meses de entre 25 a 30 kilos. No hay ninguna prueba de tal promesa y no se corresponde con la información que resulta del consentimiento informado ni con el sentido común de las cosas, siendo de interés la declaración testifical de la nutricionista Sra. Elisabeth que manifestó que los profesionales eran contrarios a una pérdida muy rápida de peso porque no querían provocar una situación de malnutrición, corroborando que efectivamente la actora estaba muy angustiada porque no conseguía perder más peso.

II.- Por tanto, que la actora manifieste haberse representado un resultado rápido y fácil, no es debido a una defectuosa información porque ya hemos reseñado la exhaustividad del consentimiento informado, sino a la suma a un error inexcusable de la propia parte cuya concurrencia, en el hipotético caso de haberse producido, sería imputable a su falta de diligencia en la correcta absorción de la información pero sobre todo a que no continuara el tratamiento de control, pues su propio perito Dr. Donato manifestó en el acto del juicio que "si no hay adherencia el tratamiento no funciona", es decir, que si la paciente no sigue fielmente las pautas posteriores a la cirugía la intervención será un fracaso.

Es cierto que el mencionado perito intenta eludir toda incidencia de la conducta de la actora indicando que padecía de depresión y que de un enfermo de este tipo no se podía esperar que se adhiriera al tratamiento, pero la parte actora no aporta información médica acerca de la intensidad y origen de su dolencia psicológica a pesar de que acompaña el mencionado dictamen pericial médico, en tanto que por el psicólogo Dr. Felipe , empleado en la clínica y que había revisado el historial de la paciente, refiere que se trataba de una depresión reactiva a la situación de obesidad por lo que la intervención no estaba contraindicada.

III.- La queja de la actora sobre la calificación de su obesidad en el Tipo III en lugar del Tipo II, según la adscripción utilizada comúnmente por los profesionales nutricionistas no revela mala praxis sino un error de transcripción de quien efectuó la valoración pero que carece de incidencia en la decisión porque los datos de peso y morfológicos son correctos y no puede verse relación causal alguna entre esta calificación y la decisión de la actora de someterse al tratamiento.

QUINTO.- Conclusión

Las consideraciones expuestas conllevan la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia cuyos acertados argumentos damos por reproducidos en lo que fuera menester puesto que ni hay



constancia de defectuosa información susceptible de provocar error invalidante del consentimiento ni se aprecia en la demandada incumplimiento contractual alguno que pudiera generar obligación reparatoria.

SEXTO.- Costas

La desestimación del recurso conlleva que se impongan a la apelante las costas de esta alzada (art. 398 LEC).

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Regina contra la sentencia de 22 de julio de 2016 dictada por la Sra. Juez del juzgado de primera instancia número 35 de Barcelona que confirmamos íntegramente siendo de cargo de la apelante el pago de las costas de esta alzada.

Con pérdida del depósito consignado.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 - disposición final 16 LEC), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.