

doctrina

## **Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?**

**José Antonio Seijas Quintana**  
*Magistrado del Tribunal Supremo*



### **Sumario**

- I.-Introducción.**
- II.- Medios y resultados en la jurisprudencia.**
- III.- Estado de la cuestión: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?.**
- IV.- Criterios de imputación y Consentimiento informado.**
- I.-Introducción.**



En terminología comúnmente aceptada se viene distinguiendo entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología y se califica nitidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda es aquella en la que el interesado va al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, por lo que la actividad médica se desarrolla en el ámbito de una relación contractual próxima al régimen jurídico del arrendamiento de obra o intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios si a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, con la consecuencia de que la libertad de opción por parte del cliente es superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa, como precisa la Sentencia de 2 de Julio de 2002, y ello supone entre otras cosas una atenuación de la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima (STS 24 nov 2005).

Quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja. En ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud.

Esta distinción se advierte con claridad en la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1.950, así como en la de 25 de abril de 1994, citadas en la de 22 de Julio de 2003, en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente.

En función de una y de otra, se establece a su vez otra clásica distinción. Me refiero a la obligación de medios y de resultado o de fines, que aparece en la Sentencia de 26 de mayo de 1.986, dictada al enjuiciar un problema derivado de una úlcera duodenal por la que el paciente llevaba sometido a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado. Dice lo siguiente: la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos.

Esta doble y diferente obligación se reitera en numerosas sentencias del Tribunal Supremo. Entre las más recientes la de 24 noviembre 2005 referida a un caso de lesiones y secuelas sufridas por un enfermo afectado de un proceso conocido como Angina de Ludwig, derivado de una previa extracción de la pieza 47 (2º molar inferior derecha). Y se utiliza para exonerar a los médicos, dentista y otorrino, del resultado gravemente dañoso que su intervención tuvo para el paciente, con la siguiente declaración: *"Tampoco se aprecia ninguna deficiencia en el tratamiento dispensado al actor, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala (SSTS 26 de mayo de 1986; 7 de febrero de 1990; 24 de marzo 2005), ya que, diagnosticado con acierto, se le aplicaron de forma adecuada los fundamentos de la "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la*



*actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle”.*

Resumidamente esta obligación de medios comprende, según la sentencia de 11 de febrero de 1.997, lo siguiente:

a) La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto. La sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un caso en que era posible tanto la intervención neurológica como la radiológica, deja a cargo del médico la decisión de poner al alcance del paciente los recursos que le parezcan más eficaces siempre que sean aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica.

b) La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones

quirúrgicas, en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y

c) La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono. Es razón por la que la Sentencia de 8 de febrero de 2006 (hipertensión severa) responsabiliza al médico que no controló la evolución ni los síntomas inequívocos manifestados por el medicamento suministrado a la paciente, conociendo su estado.

La obligación de medios se reitera, asimismo, en las llamadas pruebas diagnósticas. La *lex artis*, dice la sentencia de 15 de Febrero de 2006, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar ó descartar la



presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS 23 Sep 2004). En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen.

## II.- Medios y resultados en la jurisprudencia.

Este planteamiento inicial adquiere especial importancia en función de la intervención que se lleve a cabo y, en particular, a la hora de incardinar en una o en otra el caso que se somete a la consideración de los facultativos cuando se trata de intervenciones plásticas, reconstructivas o reparadoras, dirigidas a la corrección de defectos congénitos o adquiridos con posterioridad, o en la cirugía estética, mediante la que se pretende el embellecimiento del individuo, su perfeccionamiento físico.

La separación de ambas modalidades no es muy clara en los hechos, sobre todo, como dice la doctrina mas autorizada, y reitera la sentencia de 29 de junio 2007, a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico, o de aquellas intervenciones preventivas en las que se actúa a partir de las indicaciones médicas dirigidas a evitar riesgos para la salud o integridad del paciente, que las consiente, con aproximación a una medicina de

medios en la que la posibilidad de elección está condicionada por una situación previa de riesgo, que permite mantener un criterio menos riguroso que el que se exige en la medicina satisfactiva, en la que, como ha dicho esta Sala, *«la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención»* (STS 21 de octubre 2005).

Es razón por la que se puede admitir que una intervención quirúrgica de estas características, como la estética, puede considerarse curativa del malestar psíquico inherente a ciertas deformidades y defectos de naturaleza física por cuanto no se puede obligar a una persona a convivir con un defecto habiendo recursos médicos para solucionarlo.

Pero lo cierto es que una y otra han conducido a soluciones jurídicas distintas, especialmente en esta suerte de cirugía, al tratarse de una especialidad que modifica la regla general desde la idea de que aun configurando la relación contractual de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, se viene a exigir la obtención del resultado perseguido por el paciente y asumido por el médico que realiza la operación.

Un caso singular se analiza en la Sentencia de 20 de Junio de 2006 en la que se condena al ISFAS. Se trata de una intervención quirúrgica consistente en *“dermoliplectomia abdominal”*, de la que la paciente resultó con secuelas de cierta entidad. Se discutía si la responsabilidad demandada era contractual o extracontractual, teniendo en cuenta que la intervención estética no estaba cubierta por el ISFAS y que los médicos, se dice, *“entraron de forma sorprendente y anómala a resolverla”*. Se entiende que hay un *“vinculo jurídico”* y que la prescripción no es la anual sino la quincenal, conforme al criterio ya sustentado por este Tribunal en sen-



tencias anteriores (26 Enero; 1 de marzo y 19 de junio de 1.984). La particularidad del caso estriba en la distinta consideración que para el ISFAS tenía la intervención plástica y la estética. Aquella cubierta. Esta no. De ahí la valoración que la Sala hace de los hechos para precisar la relación mantenida por la paciente con el Centro que llevó a cabo la intervención.

Dice la sentencia de 26 de julio de 2006: *“la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato -tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía-, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios,*

*caracterización que recuerda la reciente Sentencia de 23 de marzo de 2006, con cita de abundantísima jurisprudencia. Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil”.*

Son varias las sentencias que se han ocupado de estas cuestiones, no sin precisar que algunas han encontrado un notable eco literal y acrítico en numerosas sentencias de Juzgados y Audiencias, teniendo en cuenta lo variable de las situaciones que se presentan y las distintas respuestas de las



ciencias de la salud a un determinado problema, junto con el giro dado a esta materia por la reciente jurisprudencia.

- STS 25 de abril 1994: (vasectomía) la obligación de medios se intensifica haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, sino también, y con mayor fuerza aún, la de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención acarrea, especialmente si esta es quirúrgica, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

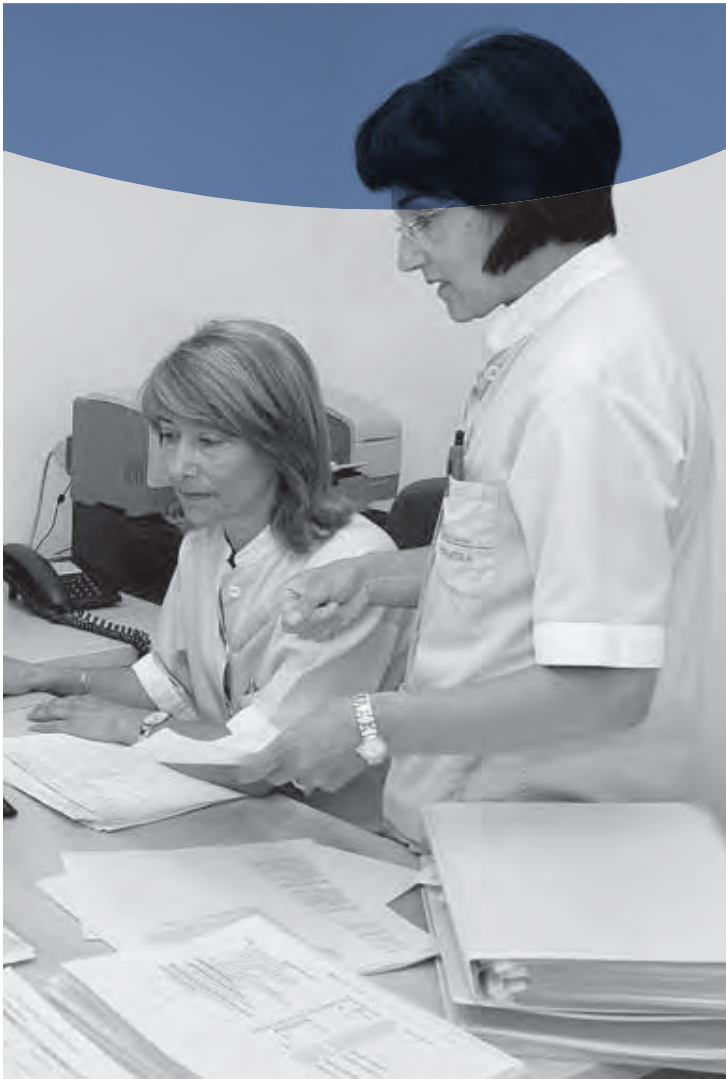
-STS 31 enero 1.996 (Vasectomía): se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia, porque el propio recurrente mantuvo que se había producido «el fracaso de la operación en cuanto al resultado, que era lo perseguido con la operación», y la sentencia de la Audiencia entendió que se ejercitaba en la demanda una acción de incumplimiento contractual ya que de la operación de vasectomía no se produjeron los resultados esperados.

-STS 11 febrero 1.997 (vasectomía): En el arrendamiento de obra, se afirma, no cabe duda que el resultado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible.



-STS 28 de junio de 1999: refiere un caso de tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Para la el TS, la relación jurídica entre demandante y demandado deriva del contrato entre de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544, en relación con el 1583 del Código civil, es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.

Precisa la sentencia que, si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de pres-



tación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, la cual, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: «...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias...».

Corolario lógico es entender que la obligación del médico, propia de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear («rehabilitar» decía el dictamen pericial) la boca del paciente. Y tal resultado entiendo no se obtuvo, "no cumplió la obligación -obligación del resultado-".

-STS 11 diciembre 2001: se diagnosticó «*protusión del maxilar superior*» y se aconsejó al paciente la intervención quirúrgica, que se practicó efectivamente el día 23 de marzo de 1977; esta intervención no produjo el resultado pretendido. No estando conforme la paciente demandante con este resultado y de acuerdo con el médico, éste le practicó una nueva el día 3 de julio siguiente. Esta tampoco produjo resultado satisfactorio, al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención; tras lo cual siguió un tratamiento en los Estados Unidos de América que solventó su problema; éste terminó con tres intervenciones de cirugía plástica, en Barcelona, quedándole secuelas.

La sentencia de la Audiencia había calificado la relación de arrendamiento de servicio. Sin embargo, dice, "*en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva 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 en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso*". La sentencia recuerda que la de 28 de junio de 1999 contempla el caso de un tratamiento odontológico, similar al presente, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda.

- STS 22 de Julio de 2003 (mejora del aspecto físico y estético de los senos): la actividad



médica, señala el Tribunal Supremo, se desarrolla en el ámbito de una relación contractual, que participa en gran medida de la naturaleza de contrato de arrendamiento de obra 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. La sentencia condena por haberse infringido el deber de información. El resultado de la operación, nos dice, no se acomodó a las expectativas y confianza que la recurrente había depositado en el médico para la mejora y estética de sus senos, al acrecentarse las cicatrices que le afectaban y presentarse antiestéticas. Esta doctrina, ya se había expresado anteriormente en la de 28 Junio 1997, referida a un supuesto de operación de cirugía estética o «*lifting*» (estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada).

- STS de 10 Febrero 2004: evita calificar de medicina satisfactiva una operación de corrección de miopía, dada su evidente incidencia curativa.

- STS 22 de junio 2004 (reducción de mamas principalmente orientada a remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria así como una osteoporosis en fase inicial, intervención de la que se derivó una necrosis masiva del único pecho intervenido con la consecuencia final de pérdida total de la zona areola-pezón). La sentencia condena al médico, que tenía la cualificación profesional de catedrático numerario de Universidad, que a la razón desempeñaba la cátedra de Patología Quirúrgica, y que se jubiló poco después, y era, además, médico especialista en Cirugía General pero carente de la especialidad en Cirugía Plástica. Le condena porque acometió la intervención tras aconsejársela personalmente a la actora recurrente, y se comprueba que su experiencia quirúrgica se centraba muy especialmente en el cáncer de mama, es decir, en la extirpación de tumores y no

en la reconstrucción del pecho. Dice la sentencia que *“no es aceptable sin más que la finalidad primordialmente correctora de la reducción mamaria, disminuir el peso de la zona del pecho para aliviar los dolores de espalda de la paciente y frenar la osteoporosis que ésta padecía en fase inicial, disminuyera, hasta casi eliminar su significación jurídica, la importancia que para la actora-recurrente tenía el resultado final de la intervención en el aspecto estético o plástico”*.

El juicio de reproche es múltiple: falta de información a la paciente del concreto riesgo de necrosis subsiguiente a la intervención; aplicación de una técnica de los años 60; intervino una sola mama cuando todo apuntaba a una única intervención para las dos; la intervención tuvo una duración de cuatro horas que tampoco se corresponde con la normalidad; la atención postoperatoria no fue la mejor de las posibles, puesto que diez días después de la intervención el demandado-recurrente autorizó a la actora-recurrente a regresar al pueblo de su residencia, citándola para diez días después, siendo entonces cuando detectó la necrosis.

- STS 21 de Octubre 2005: se enfrenta a unas secuelas padecidas por la demandante tras haberse sometido a una intervención quirúrgica con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices de la cara; secuelas consistentes en unas cicatrices queloides en el labio inferior y en el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico. La sentencia considera que la intervención quirúrgica está bien realizada porque *“está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica”*. Sin embargo condena al médico al apreciar la infracción del deber de información.

- Sentencia 23 de mayo 2007 (vasectomía): los actos de medicina voluntaria o satisfactiva





(categoría ya apuntada en las SSTs de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997 en relación con las operaciones de vasectomía, como recuerda la STS de 7 de abril de 2004) 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 por consiguiente, *“partiendo del fracaso en la operación de vasectomía, por haberse producido una recanalización de los conductos seminales, la cuestión se concreta en determinar si se cumplió el deber de información establecido en el artículo 10-5 LGS, en el sentido de explicar el antedicho posible fracaso de dicha operación, dado que, según estima la referida sentencia, dicho fracaso puede producirse entre un 0,2 y un 1 por ciento de casos, y por ende, constituye un riesgo propio de la intervención”*.

- Sentencia de 29 de junio de 2007 (Ligadura de trompas). Se desestima el recurso de casación en un supuesto de reclamación de cantidad por las secuelas sufridas por la demandante quien, tras someterse a un proceso de esterilización después de un tercer parto por cesárea, tuvo un embarazo ectópico. La sentencia se sustenta sobre los hechos siguientes: 1º) La información facilitada fue en el sentido de que el método de esterilización mencionado era el más seguro para impedir embarazos. 2º) Quien no desea tener más hijos puede no querer ser sometido a una intervención quirúrgica y preferir otros métodos menos seguros pero no necesitados de dicha actuación. Pero la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización. Por el contrario, la solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser también mediante cesárea, en cuyo curso podía practicarse la intervención, sin necesidad, por tanto, de un sufrimiento adicional. 3º) Un nuevo embarazo normal habría sido ya arriesgado y habría preci-

sado, probablemente, una nueva cesárea. Con la esterilización tubárica, había un pequeño riesgo de embarazo, menos que con otros sistemas, de embarazo problemático y con seguridad precisado de intervención quirúrgica. Pero es que, de producirse un embarazo normal, por empleo y fracaso de otro método contraceptivo, también existiría un riesgo claro y, con mucha probabilidad, necesitado de intervención quirúrgica.

En el caso, afirma la sentencia, *“la ligadura de trompas, además de ser considerado un método de planificación familiar permanente, evita riesgos graves para la salud de la embarazada, como en este caso, después de tres embarazos, el segundo y el tercero culminados con parto mediante cesárea. Este riesgo permite deducir, conforme a lo que la sentencia de 30 de abril de 2007 califica de «orden natural de las cosas, presidido por la regla de la razonabilidad», que la actora habría elegido el mismo método de esterilización, incluso después de haberla advertido del riesgo de un nuevo embarazo”* y que no hay falta de información sino una información incompleta.

### III.- Estado de la cuestión: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?.

Con todo, habrá que preguntarse si en la actualidad es posible sostener esta clásica distinción entre obligación de medios y de resultados (*“discutida obligación de medios y resultados”*, dice la STS 29 de junio 2007) y si el problema realmente está no tanto en la obtención del resultado perseguido, que engloba el necesario éxito de la operación realizada, como en poner los medios adecuados a disposición del paciente, y en especial en la información que se le debe ofrecer, 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 dis-



tintas 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.

La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Lo contrario supone prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, toda vez que el daño se equipara al resultado no querido ni esperado, ni menos aun garantizado por esta intervención, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, impidiéndole demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es tal cuando una persona se somete a una intervención de esta clase pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente.

En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 declara lo siguiente: *“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 y 23 de mayo de 2007”*.

Es razón por la que no es posible establecer a priori una suerte de categorías o de especialidades médicas cuya actividad suponga considerar que asumen obligaciones de resultado. De hecho la Sentencia antes citada mantiene la de instancia sobre el estado de la titulación de especialista en cirugía plástica del médico que efectuó la operación, señalando que *“La sentencia no niega que dicho título no haya sido objeto de homologación en España, sino que declara que esta circunstancia es irrelevante, por sí misma, para construir una responsabilidad por negligencia médica, habida cuenta de que la posesión del expresado título no fue invocada por el médico demandado. La parte, al socaire de una valoración de la prueba que dice ser errónea, pretende, en realidad, que deduzcamos de la falta de homologación del título de especialista en cirugía plástica solicitada por el médico demandado, cuyo título lo habilita para la práctica de cirugía general, la existencia de una negligencia médica fundada en su falta de aptitud, dando además por supuesta la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del médico y las secuelas producidas que la sentencia impugnada ha declarado inexistente”*.

La sentencia de 21 de octubre de 2005 es buena muestra de ello. Se trata de una operación en el ámbito de la medicina satisfactiva o voluntaria en la que una mujer se somete a una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico CO<sub>2</sub> con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica realizada hacía algunos años, a resultas de la cual resultó con unas secuelas consistentes en unas cicatrices queloideas en el labio inferior y el mentón, y un consiguiente trastorno psíquico calificado por los especialistas de *“neurosis de angustia”*.

El Juzgado de 1ª Instancia apreció la concurrencia de caso fortuito porque, al deberse la apa-



rición del queloide a una anormal o patológica cicatrización atribuible a la predisposición genética de la actora, sin que haya métodos analíticos ni exploraciones especiales que permitan sospechar tal desarrollo, sólo anticipable cuando existan unos antecedentes personales en tal sentido, el resultado lesivo producido era de todo punto imprevisible y científicamente inevitable, de modo que la única forma de haber salvado la aparición del queloide era no haber realizado ninguna operación, por lo que aplica el art. 1105 CC con la consecuencia procesal de sentencia desestimatoria.

La sentencia de la Audiencia mantiene la de instancia en cuanto al queloide y rechaza que hubiera una obligación de información previa, dada *“la naturaleza absolutamente extraordinaria e imprevisible del queloide”*.

El Tribunal Supremo resuelve el caso sin una mención directa a la obligación de medios y resultados y entiende que no hubo un *“aseguramiento*

*del resultado”* por el médico a la paciente, el cual no resulta de la narración fáctica de la resolución recurrida, ni cabe deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética -dado que la actora se prestó a la intervención facultativa para mejorar su aspecto estético-, y por consiguiente incardinable en lo que se denomina medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de la que se entiende que hay una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque, en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de la causalidad y culpabilidad.

Descarta, asimismo, que sea posible aplicar la doctrina del *“resultado desproporcionado o enorme”* porque ésta hace referencia al resultado *“clamoroso, inexplicado o inexplicable”* y en el caso hay una causa que explica la producción del resultado de hipertrofia o queloide de la cicatriz, que es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente.



Entiende, en definitiva, que la intervención quirúrgica del médico está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y que fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica, por lo que ningún juicio de reproche hace al facultativo en el ámbito de la culpabilidad.

Pero incluso, afirma, falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica -criterio de imputación objetiva o de atribuidad del resultado-, puesto que una cosa es que haya causalidad física o material -"questio facti" para la casación-, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel, y otra causalidad jurídica -juicio perteneciente a la "questio iuris"-, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del "riesgo general de la vida", bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, criterio éste (para unos, filtro de los restantes criterios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina -riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza-) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, *"el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento inmediatamente anterior a la conducta"*.

Y en ello, dice, encaja el supuesto de autos y la apreciación de la resolución recurrida, pues aún cuando en la misma se alude a la imprevisibilidad, y no cabe estimar no previsible aquel tipo de complicaciones que en ocasiones se pueden producir, es obvio que no cabe cargar en la actuación del

agente las que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención. Por lo que hay una ausencia de causalidad jurídica (en cuya órbita se sitúa el caso fortuito del art. 1105, aparte también en todo caso de culpabilidad (reproche subjetivo).

Ahora bien, aunque la sentencia no advierte negligencia alguna en la actuación quirúrgica del médico, sí que aprecia la responsabilidad por la información dada a la paciente con el argumento de que en los casos de medicina satisfactiva se acrecienta el deber de información médica de los riesgos previsible, con independencia de su probabilidad, quedando sólo excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención. Circunstancia, por otra parte, que es bastante frecuente en los casos sometidos a enjuiciamiento de los Juzgados y Tribunales.

La cicatriz queloidea -poros abiertos- consiste en un tumor formado por el tejido fibroso que aparece en personas predispuestas genéticamente a producir excesiva respuesta tisular ante un trauma cutáneo. La ciencia médica conoce tal posibilidad como consecuencia de una intervención, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y el médico demandado no sólo, obviamente, conocía la misma, sino que incluso ya le había sucedido en un quehacer profesional con anterioridad, por lo que se añadía su propia experiencia personal.

Se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que, aunque muy improbable, excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, pero no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa, para que, dentro de su autonomía, asumir o no el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.



#### IV.- Criterios de imputación y Consentimiento informado.

La sentencia ofrece dos aspectos de interés en la más reciente jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

El primero tiene que ver con el criterio de imputación. La sentencia aplica los criterios de la llamada imputación objetiva distinguiendo lo que es la relación física o material de la causalidad jurídica o imputación objetiva para atribuir o no el resultado dañoso al facultativo.

Las sentencias de 2 y 5 Enero, 9 de Marzo y 7 de junio de 2006, advierten que se trata de un presupuesto previo al de imputación subjetiva que implica un juicio de valoración mediante el cual debe determinarse si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al demandado como consecuencia de su conducta o actividad en función de las obligaciones correspondientes a la misma, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado dañoso con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, ámbito de protección de la norma, causalidad adecuada, provocación y prohibición de regreso.

El segundo, se refiere a la información que se debe proporcionar al paciente antes de la intervención, y al correlativo consentimiento por parte de este, que ha transformado el modelo tradicional de la relación médico-paciente y que ha dado lugar, sin duda, a un considerable aumento de litigios desde la idea, expresada en distintas sentencias del Tribunal Supremo, de que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SST 28 de noviembre 2007, por todas).

La Sentencia 4 de octubre 2006, sigue la línea marcada por la del que loide en un fallido implante capilar, con importantes secuelas. Sostiene que estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma. Y ello, sin duda, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

La información es, por consiguiente, un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, especialmente en estas intervenciones médicas no necesarias, como es la cirugía estética, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma.

A través de la información es posible prometer o comprometer un resultado satisfactorio al término de la operación o lo que es igual, asegurar o garantizar el interés final perseguido por el paciente. Es el caso de la sentencia de 4 de Octubre en el que se capta la voluntad del cliente a través de la difusión de una campaña publicitaria “capaz de inducir a error al consumidor o usuario (artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de “especialistas» en cabello cuando ciertamente los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales”.



Esta práctica supone no solo un evidente desajuste entre la operación que se lleva a cabo y lo que se oferta al cliente mediante la publicidad, sino que viene en cierto modo a garantizar el resultado comprometido y deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética –STS 21 de octubre 2005–, y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos propios y característicos de la misma.

Que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica no excluye la responsabilidad civil que resulta de la omisión de una correcta información del riesgo que la misma conlleva. Al paciente

o cliente se le debe informar de lo siguiente: a) de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención. b) de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y c) de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.

Si así no fuera, el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de la infracción del deber de información, previo al consentimiento, y de la materialización del riesgo previsible, y es independiente de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Pues es del todo evidente que esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista normativo (antes, Ley General de Sanidad –Ley 14/1986, de 25 de Abril–; ahora, 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-), tanto si existe un vínculo contractual –contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra– como si no, operando entonces la relación entre quienes prestan la asistencia médica y el usuario en el campo extracontractual (STS 2 de julio 2002).

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; información que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la Sentencia de 2 de Julio de 2002.