



doctrina

Responsabilidad civil de los centros de estética y tatuaje

Iván González Barrios
Profesor contratado doctor
Universidad de la Laguna

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA NECESARIA CONFRONTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE ESTOS PROFESIONALES CON LA DE LOS MÉDICOS

III. LA DILIGENCIA EXIGIBLE

3.1. OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS

3.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

3.3. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL USUARIO: EL ART. 148 TRLGDCU

IV. LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS DISTINTOS SUJETOS INTERVINIENTES

I. INTRODUCCIÓN

La relevancia social de la belleza o el aspecto físico, en general, de las personas ha ido en aumento, fenómeno que viene motivado, entre otros factores, por el auge paralelo de las redes sociales. La mayor conciencia por el cuidado personal se traduce en la proliferación de gimnasios, peluquerías y, por lo que a este trabajo respecta, centros de estética y de tatuaje. A la importancia que han venido cobrando los aspectos estéticos de las personas no ha sido ajeno el legislador, que los ha tenido en cuenta, por ejemplo, a la hora de regular las indemnizaciones a que tienen los perjudicados en los accidentes de circulación, contemplando el perjuicio estético como un concepto específico del daño corporal.

Casi huelga decir que ni esteticistas, ni tatuadores buscan restaurar la salud del cliente o usuario, al menos, en un sentido estricto. Sí existe, en cambio, dos puntos en común entre ambas profesiones y la medicina estética. De una parte, nos encontramos con una finalidad satisfactoria, no curativa, de la prestación de los servicios. De otra parte, si bien, solo de la profesión médica se predica la búsqueda directa de la prevención, mantenimiento o restauración de la salud, cualquiera de estas otras dos actividades es también susceptible de generar un riesgo para la integridad personal del prestatario. Por poner el ejemplo de los centros de tatuaje, generan riesgos tan graves como la transmisión de enfermedades potencialmente mortales (VIH, hepatitis, etc.).

A pesar de esta evidencia, la responsabilidad civil por los daños causados por los centros de estética y de tatuaje apenas ha encontrado atención por parte de la doctrina científica. Los tribunales, que sí han tenido que lidiar frecuentemente con el estudio de las acciones de responsabilidad de ambos sectores de actividad, suelen resolver las controversias acudiendo a los postulados generales sobre la responsabilidad civil médica. Por los motivos que seguidamente explicaremos, este ejercicio de extrapolación está justificado, si bien, debemos llamar la atención sobre la necesidad de ir estableciendo unas pautas que reconozcan la especificidad de los problemas de índole jurídica que tales actividades encierran.

II. LA NECESARIA CONFRONTACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE ESTOS PROFESIONALES CON LA DE LOS MÉDICOS

El estudio de la responsabilidad civil predecible de una concreta profesión requiere analizar las competencias y conocimientos que le

son exigibles. Solo de esta forma se puede analizar si ha habido o no infracción de la “lex artis”, entendida como el conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio.

La actividad de los esteticistas se encuentra regulada de manera general en el Real Decreto 256/2011, de 8 de febrero, por el que se establece el título de Técnico en Estética y Belleza y se fijan sus enseñanzas mínimas. Su art. 4 atribuye a este profesional “... la competencia para aplicar técnicas de embellecimiento personal y comercializar servicios de estética, cosméticos y perfumes, cumpliendo los procedimientos de calidad y los requerimientos de prevención de riesgos laborales y protección ambiental establecidos en la normativa vigente”.

Por lo que atañe a los centros de tatuaje, no existe una regulación unitaria por parte del Estado, y es cada Comunidad Autónoma la que regula los requisitos que deberán cumplir los profesionales y los centros donde desarrollan sus actividades¹.

En ambos casos, los protocolos que permitan fijar unos estándares mínimos exigibles son escasos, por no decir nulos. Por eso, el análisis de la responsabilidad de ambas profesiones se debe desarrollar en permanente confrontación con la de los médicos ya que los respectivos ámbitos de actuación, aunque fáciles de apreciar desde una perspectiva finalista (el médico cura, los otros no), presentan puntos en común. Esta confrontación, tal y como la proponemos, no debe ser entendida tanto como un ejercicio de oposición, como de contraste. Si bien la responsabilidad civil médica presenta perfiles singulares, derivado de la naturaleza y relevancia jurídica de su actividad, no es menos cierto que esta guarda relaciones con las que se llevan a cabo en los centros de estética y tatuaje. La intervención directa del profesional sobre el cuerpo del paciente o usuario con una finalidad satisfactoria y la posibilidad evidente de causar daños a su salud son dos características comunes a las tres profesiones.

En línea de principio, cabría decir que la profesión médica goza de una relevancia constitucional prevalente por el papel que juega en el desarrollo del derecho a la protección de la salud

¹ Véase, por ejemplo, en el caso de Madrid, el Decreto 35/2005, de 10 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, Micropigmentación, perforación cutánea (piercing) u otras similares de adorno corporal.

garantizado en el art. 43 CE. No cabe poner en duda que la salud es un valor de la máxima importancia², lo que aleja cualquier consideración del art. 43 como una norma meramente programática, esto es, vacía de contenido, ni referencias que informen al legislador sobre cómo debe proceder a su protección. Es, ciertamente una norma abierta, pero con un mandato que vincula la actuación de los poderes públicos en orden a cumplir, en la medida jurídica y fácticamente posible, con las previsiones contenidas en la norma, que son organizar la salud pública y tutelarla a través de los medios necesarios³.

Por sus especiales y cualificados conocimientos y habilidades, tras años de formación universitaria y prácticas en centros sanitarios, nuestro ordenamiento deposita la confianza en los médicos, y solo en ellos, habilitándolos para el desempeño de la promoción y restablecimiento de la salud. El art. 6 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS), se refiere a ellos diciendo que “corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención”.

La conexión entre la protección de la salud y otros ámbitos de la vida de las personas es un factor que complica la labor de establecer una nítida diferenciación entre la labor médica y la de los otros dos tipos de profesionales. El punto tercero del art. 43 CE alude al deber de los poderes públicos de fomentar tres materias relacionadas con la protección de la salud como son la educación sanitaria, la educación física y el deporte, además de facilitar la adecuada utilización del ocio. Esta previsión constitucional pone de manifiesto que la protección de la salud no se limita al derecho a recibir prestaciones sanitarias por parte de los poderes públicos. La regulación de la protección de la salud debe tener, por tanto, un ámbito muy amplio, dada su íntima relación con otras materias que también poseen un reconocimiento constitucional, como puede ser el derecho al medio ambiente (art. 45.1), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2) o la defensa de los consumidores y usua-

rios (art. 51.1). No se agotan aquí los ámbitos con los que la protección de la salud se relaciona. Como señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho abarca una amplia gama de factores socioeconómicos, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas y a condiciones de trabajo seguras y sanas, entre otras⁴. En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia ha venido diciendo que la distinción entre obligación de medios y resultados a la de valorar si ha habido una mala praxis médica no puede ser muy clara en los hechos “sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre 2009)”.

La menor relevancia constitucional de las actividades que desarrollan, respectivamente, los esteticistas y tatuadores, no quiere decir que no deban ser contempladas desde la perspectiva de la protección de la salud. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que, como señala su art. 1.1, tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución, establece en sus arts. 3 y 6, la obligatoriedad de las Administraciones Sanitarias Públicas de garantizar la protección de la salud de la ciudadanía. Asimismo, su art. 24 dispone que las actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, sean sometidas por los órganos competentes a limitaciones preventivas de carácter administrativo, de acuerdo con la normativa básica del Estado.

Bien es cierto que, como hemos apuntado, esa necesaria regulación encuentra, entre otros problemas, el de la delimitación de las actividades sometidas a control. No son pocas las ocasiones en que se suscitan dudas acerca de dónde empieza la labor del médico y la de quienes carecen de tal condición. Esta dificultad es puesta de manifiesto por la SAP de Madrid de 14 de junio de 2016 que dice: “... las actuaciones tendentes a la eliminación del vello corporal a través de las técnicas de la fotodepilación o a través de láser, se encuentran en una borrosa frontera, no siempre bien definida, entre la medicina satisfactiva y la simple prestación de servicios estéticos, los cuales no difieren, a efectos de injerencia en el cuerpo humano, de aquellas

2 Como se dice en el ATC 96/2021, es “un valor de indudable relevancia constitucional» (FJ 5).

3 SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, (FJ 7); 154/2006, de 22 de mayo, (FJ 8), y 14/1997, de 28 de enero, (FJ 11) y 95/2000, de 10 de abril, (FJ 3).

4 Observación general 14, § 4.

otras técnicas que tiene por objeto la implantación de piercings o se diseñan tatuajes intradérmicos o incluso intramusculares, por no precisar o no estar regulada dichas disciplinas como especialidades médicas ni ser consideradas normativamente como actividades sanitarias ejercidas bajo la dirección o supervisión de un médico o de auxiliar sanitario⁵.

En ocasiones, ni siquiera desde dentro de las profesiones sanitarias es posible establecer con claridad qué puede hacer un médico, es decir, el licenciado o graduado en Medicina, frente al resto del personal sanitario, paradigmáticamente, los enfermeros. Véase por ejemplo la Resolución 19/2017, de 14 de diciembre, por la que se ordenan determinados aspectos del ejercicio profesional enfermero en el ámbito de los cuidados corpoestéticos y de la prevención del envejecimiento para la salud, y los pronunciamientos recaídos sobre ella en las SSTSJ de Madrid de 29 de mayo de 2019, 12 de diciembre de 2019 y 1 de abril de 2020. En estas sentencias se rechaza, entre otras cuestiones, que los enfermeros estén facultados para realizar tratamientos de relleno cutáneo, mediante ácido hialurónico, o dispensar toxina botulínica.

5 A esta dificultad de delimitación se refiere también la SAP de Granada de 26 de febrero de 2021, referida ahora a la eliminación de tatuajes mediante la técnica del láser.

La controversia sobre las competencias respectivas entre médicos y esteticistas se ha acentuado con el correr de los tiempos, desde el momento en que estos últimos no se limitan ya a aplicar productos cosméticos o realizar masajes cutáneos para realzar la belleza de la persona, trabajando sobre aquellos aspectos corporales que, por ser más superficiales, son también los más directamente perceptibles. El desarrollo de la ciencia y de la técnica aplicables al cuidado personal alcanza hoy unos niveles de sofisticación que permite al profesional actuar a un nivel más intenso de intervención corporal, que la simple capa exterior de la piel o epidermis. Hoy, en los centros de estética se aplica por personal no sanitario técnicas tan variadas y complejas como la del láser⁶, micropigmentación, cavitación, depilación, dermoabra-

6 La SAP de Burgos de 21 de mayo de 2014 se pronuncia sobre la depilación por láser y su tratamiento por personal no facultativo, diciendo que "La depilación en sus diversas modalidades no puede decirse que sea un tratamiento ajeno a un salón de belleza (...) en los autos consta certificado de la Sociedad Española de medicina Estética (SEME) que indica que la depilación no es considerada acto médico y en consecuencia, según la AEMPS (Agencia estatal del Medicamento y Productos sanitarios) los aparatos de láser no son considerados productos sanitarios y asimismo que no es exigible una titulación oficial para el uso de este tipo de equipos , el operador del láser o de la luz intensa pulsada, debe tener los conocimientos básicos exigibles para desarrollar con seguridad el tratamiento ; habitualmente es el propio fabricante del aparato quien da los cursos de formación".



sión, eliminación de varices y arañas vasculares, eliminación de manchas, etc. Véase a modo de ejemplo lo que promete un anuncio de una máquina de presoterapia, extraído de la página web de un fabricante:

“Beneficios de la presoterapia

La presoterapia estimula el sistema linfático por lo que favorece el drenaje linfático, cuyo objetivo es eliminar líquidos, grasas y toxinas acumuladas en el organismo.

La presión del aire rompe en primer lugar las acumulaciones de grasa (por ejemplo, la grasa localizada concentrada en nuestras piernas y glúteos) para luego hacerla circular junto al resto de líquidos retenidos y toxinas para su eliminación a través del sistema linfático.

Aunque mucha gente no lo sabe, otro de los beneficios que nos regala la presoterapia es el de favorecer el tránsito intestinal (cuando se aplica en la zona abdominal), por lo que puede ayudar en los problemas de estreñimiento⁷”.

Se puede ver cómo el anunciante garantiza unos resultados que trascienden los puramente estéticos, pues se informa de que el tratamiento también produce efectos beneficiosos sobre el aparato digestivo. Por eso, llama la atención que su uso no esté limitado a los médicos u otro tipo de profesionales sanitarios. De hecho, no se informa en la publicidad referida que se requiera estar en posesión de algún tipo de titulación o experiencia para manejarlo. Cabría suponer que la no exigencia de titulación en la persona encargada de utilizarla deba venir motivada por la ausencia de efectos secundarios o, al menos, de riesgos a la salud de tipo moderado o leve. Pero, al mismo tiempo, es legítimo preguntarse si esa ausencia de efectos potencialmente adversos para la salud no traerá consigo también una mínima o nula eficacia en los resultados que se prometen. En la práctica médica y farmacéutica deben existir pocos tratamientos, de eficacia probada por los organismos oficiales de control, que carezcan por completo de efectos secundarios, pues incluso los más sencillos o los de uso más frecuente son susceptibles de provocar reacciones adversas (sin ir más lejos, el parace-

tamol⁸). La hipótesis acerca de la ausencia de resultados reales que se promete por el anunciante no es baladí, ya que una publicidad engañosa tiene una trascendencia jurídica evidente, como resulta de las normas generales sobre la responsabilidad contractual y de las especiales, así la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, entre otras.

En suma, la actividad de médicos, esteticistas y tatuadores presentan tantas diferencias como similitudes. Por eso, sostenemos que no es posible analizar la responsabilidad de estos últimos, sin tener en cuenta los postulados de la responsabilidad civil médica, mucho más elaborados. La existencia de un amplísimo cuerpo de estudio acerca de las más variadas cuestiones en torno a la responsabilidad civil médica (el daño, la diligencia exigible, el consentimiento informado, etc.) facilita el análisis, “mutatis mutandis”, del régimen de responsabilidad de esas otras actividades, cuya atención por parte de la doctrina científica y la jurisprudencia ha sido sensiblemente más escasa.

III. LA DILIGENCIA EXIGIBLE

3.1. Obligación de medios o de resultados

La distinción entre obligación de medios y de resultados, no por sobradamente conocida, merece siquiera unos apuntes a modo de recordatorio. La jurisprudencia, a propósito de la responsabilidad civil por acto médico, recuerda que la obligación del médico, salvo excepciones, no es de medios sino de resultados. Con esta fórmula se quiere significar que no es obligación del médico conseguir la sanación del paciente, dado que el curso que presenta una enfermedad está sujeta a múltiples circunstancias relacionadas con el funcionamiento natural del organismo, muchas de las cuales son impredecibles. Cabe hablar entonces de una obligación instrumental, que consiste en aplicar el conocimiento y los medios al alcance de la ciencia médica que mejor convengan para la curación del paciente. Desde hace muchos años, el Tribunal Supremo ha venido a corregir una anterior doctrina que distinguía entre aquella medicina que se realiza de forma voluntaria y con fines satisfactorios (por ejemplo, la cirugía estética) del

7 Este anuncio puede ser visto utilizando el siguiente enlace. https://tahelaser.com/equipos-tahe-laser-system/presoterapia/?gclid=EAlaIqobChMI1t7BrYGdgQMVwYpoCR2mmwxyEAAAYASAAEgKQEPD_BwE

8 Un estudio publicado en la revista “Annals of the Rheumatic Diseases” concluía que tomar paracetamol de manera continuada podría aumentar las probabilidades de tener una úlcera, un infarto o incluso, un ictus y de muerte súbita. Véase la noticia en <https://ard.bmj.com/content/75/3/552>.

resto de acciones que conforman la llamada, con mayor o menor precisión, medicina necesaria o curativa, disponiéndose que en la primera existía una obligación de medios y de resultados en la segunda. La doctrina actual ha eliminado la diferenciación en el tratamiento de la responsabilidad civil, estableciendo que nos encontramos, en todo caso, ante una obligación de medios, salvo que el médico haya garantizado un resultado concreto.

Ahora bien, la distinción sigue siendo jurídicamente relevante en lo tocante al consentimiento informado, pues para el Tribunal Supremo, la información que debe prestar el médico al paciente es mayor en los casos de la medicina voluntaria (por todas, STS de 7 de mayo de 2014). Como dice la STS de 30 de noviembre de 2021, “De esta forma, se quiere impedir que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una exigencia relativa, toda vez que no sufre un deterioro en su salud que haga preciso un tratamiento o intervención quirúrgica, con fines terapéuticos de restablecimiento de la salud o paliar las consecuencias de la enfermedad”.

A diferencia de la relación médico - paciente, la que se entabla entre un usuario de los servicios de estética o tatuaje y el profesional es más propia de un contrato de obra que de un arrendamiento de servicios, puesto que la finalidad perseguida con el trabajo contratado no es curar al usuario, con los imponderables que esa labor comporta, sino la consecución de un determinado resultado, previamente pactado. Si de un centro de estética y belleza se trata, ese resultado es la mejora en la apariencia general de la persona, “manteniendo y mejorando el aspecto de la piel⁹” aplicando “técnicas de manicura y pedicura para el embellecimiento y cuidados de las manos, pies y uñas¹⁰” o elaborando “uñas artificiales, individualizando la técnica y el diseño según las demandas del cliente¹¹”, entre otras competencias.

Bien es cierto que, de entre estas diferentes prácticas que puede realizar el esteticista, no siempre está en sus manos conseguir fielmente el resultado convenido. Por ejemplo, colocar unas determinadas uñas artificiales con el as-

pecto querido por el usuario, su forma, color o tamaño, depende casi exclusivamente de la pericia del profesional. De un modo diferente, mejorar el aspecto de la piel depende también de otros factores ajenos a la voluntad del experto, relacionados con las específicas condiciones físicas del usuario, ya que no todas las personas reaccionan igual a un determinado tratamiento estético. Otra cosa resultará si ese mejoramiento cutáneo fue determinante en la formación de la voluntad del usuario por haber sido garantizado por el profesional. La jurisprudencia viene diciendo que habrá obligación de resultados si este fue garantizado. Luego, en estos casos, la responsabilidad del profesional vendrá dada, no tanto por el hecho de no haber sido capaz de alcanzar el resultado convenido, como por haberlo garantizado y, no obstante, no haber sido capaz de conseguirlo.

La falta de garantía del resultado fue determinante para que la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de noviembre de 2007 calificara el contrato de la esteticista con la cliente para un tratamiento de celulitis y flacidez leves como de servicios y no de obra. Consiguientemente, la falta de garantía del resultado comporta que la obligación del profesional sea de medios:

“Se ha de añadir que la relación contractual existente entre las partes se enmarca dentro de los contratos de arrendamientos de servicios (no se garantizaba un resultado), en virtud de la cual la actora adquirió un bono de catorce sesiones a la entidad codemandada “Instituto Canario de Biomédica, SL” (Top Laser) para ser tratada con el aparato conocido como “L.P.G.” de una celulitis y flaccidez leve que presentaba en ambas extremidades, tratamiento que le sería aplicado por la otra codemandada Doña Elvira, que prestaba sus servicios como esteticista en dicho Centro”

En el caso de los tatuadores, el objeto principal del contrato será la consecución del tatuaje, micropigmentación o perforación (“piercing”) expresamente solicitado por el prestatario. En el caso específico del tatuaje, el resultado es la reproducción de un dibujo, imagen o patrón de entre los existentes en un catálogo que el tatuador pone a disposición del cliente, o que este le aporta con carácter previo a la perfección del contrato. La corrección del trabajo ejecutado a efectos de valorar la diligencia empleada por el profesional estaría en el grado de fidelidad del tatuaje con el modelo utilizado, aunque habrá de valorarse también los pactos habidos, así como las especiales características

9 Apartado g) del art. 5 Real Decreto 256/2011, de 28 de febrero, por el que se establece el título de Técnico en Estética y Belleza y se fijan sus enseñanzas mínimas.

10 Apartado j)

11 Apartado. k)

físicas o biológicas del usuario, que podrían determinar una lógica y excusable falta de total adecuación entre el tatuaje y la imagen reproducida.

Tratándose de una obligación de resultado, el usuario no tiene la carga de probar que el profesional ha obrado de forma culpable, pues le bastará con acreditar que el resultado convenido no se ha producido. De forma correlativa, incumbe al profesional probar que esa falta de adecuación entre el encargo y el resultado ha sido debida una causa ajena a su ámbito de actuación, ya sea un caso fortuito, fuerza mayor, la intervención causal de un tercero o, incluso, la propia conducta del usuario. Estas causas operarían rompiendo el nexo causal entre la acción u omisión de ese profesional y el resultado finalmente alcanzado y no querido por el acreedor.

La SAP de Cantabria de 28 de abril de 2004 absolvió al profesional que tatuó a dos menores de edad, al entender que los tatuajes se habían hecho a satisfacción de estos, por lo que no era posible apreciar la existencia de los elementos nucleares de la responsabilidad civil, como es la culpa, el daño y la relación de causalidad.

“Para la condena de los daños y perjuicios causados, interviniendo culpa o negligencia, se requiere inexcusablemente, además de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el efecto dañoso o perjudicial, la demostración completa, mediante las pruebas articuladas en el pleito, de la existencia de culpa o negligencia y de la realidad de los daños y perjuicios. Esos requisitos aquí no concurren. La única acción que realiza la demandada -tatuaje- no causa ningún daño. Los tatuajes están perfectamente realizados, y de su ejecución no deriva ningún daño: cicatrizaron adecuadamente (...) Falta también la relación de causalidad. Entre la acción de la demandada -los tatuajes- y el daño final -secuelas no estéticas en la piel de los menores- no hay enlace preciso y directo. Si las demandantes no hubieran insistido en borrar los tatuajes que sus hijos voluntariamente se hicieron imprimir en sus pieles no se habrían producido esas cicatrices. El factor causal que incide en la producción del daño no tiene nada que ver con la acción inicial ejecutada por la demandada, por lo que la acción aquiliana está abocada al fracaso”.

Pero la diligencia exigible no se limita a la mera constatación de que existe una correspondencia entre el encargo y el trabajo realiza-

do, es decir, entre la voluntad manifestada del cliente y el resultado final de la obra. La falta de cumplimiento de la “lex artis” puede manifestarse como consecuencia de un daño, que no tiene que ver con la mejora estética o la calidad de la obra reproducida en el cuerpo del usuario, sino con la afectación a su salud. Como decíamos al principio, este tipo de actividades que ahora analizamos, si bien no se enderezan a la sanación del prestatario, encierran un riesgo evidente en la producción de lesiones o enfermedades, algunas especialmente graves. Por ejemplo, el uso de material sin esterilizar adecuadamente es susceptible de transmitir enfermedades contagiosas, potencialmente mortales, como el SIDA o la hepatitis B aguda. Esta otra clase de lesiones debe ser ya analizada con un criterio que no es ya el de la obligación de resultado, sino la de medios, abstracción hecha de las exigencias acerca del consentimiento informado, que debe ser especialmente reforzado, como luego diremos.

Consideramos que, en estos casos, la responsabilidad del usuario de los servicios debe partir del análisis de los medios utilizados por el profesional y no por el resultado, por los mismos motivos que los esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de los actos médicos. La reacción de un usuario ante un determinado tratamiento estético, incluido el tatuaje, puede ser debido al funcionamiento propio de su organismo, que hacía imprevisible las consecuencias de la acción del profesional. Nuestro sistema de responsabilidad civil es, en general, culpabilístico, tanto para la responsabilidad contractual ex art. 1101 CC, como para la extracontractual (art. 1902 CC). En consecuencia, es el usuario quien tiene que probar el daño, su entidad, la autoría, la relación de causalidad y la infracción de los deberes profesionales, como así lo exige nuestra jurisprudencia a propósito del acto médico (SSTS de 13 de abril de 1999, 7 de febrero de 1990, 13 de octubre de 1992 y 23 de marzo de 1993, entre otras).

La diligencia exigible al profesional pasa entonces por analizar cuáles son los deberes que le son propios. Este estándar de conducta profesional, en el caso de los médicos, ha sido caracterizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 1991 como la “denominación genérica que se da al conjunto de reglas que determinan el modo adecuado de tratamiento de los médicos a sus pacientes, con las variantes consiguientes en todas las especialidades y en todas las situaciones propias del desempeño médico”. La relevancia de la actividad médica ha generado la aparición de nume-

rosas guías médicas, que incluyen los protocolos aplicables a los distintos tratamientos o intervenciones.

Como establece el art. 4.7 b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, el ejercicio de las profesiones sanitarias con plena autonomía técnica y científica se llevará a cabo teniendo en cuenta, entre otros principios, “la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial”. Estos protocolos, continúa diciendo el mismo apartado, “deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”. Por lo que se refiere al tratamiento asistencial de los pacientes, el apartado d) del mismo precepto, también señala que “requerirá en cada ámbito asistencial la existencia de procedimientos, protocolos de elaboración conjunta e indicadores para asegurar esta finalidad”.

Tales protocolos, elaborados tanto por organismos públicos como privados, en la medida en que no son normas jurídicas propiamente dichas, carecen de una aplicabilidad directa, lo que no impide que sean utilizadas por los tribunales, con la asistencia de los peritos, para valorar si la conducta del médico sometido a un proceso ha sido conforme a la “lex artis”¹². Como ha dicho el Tribunal Supremo, debe ser calificada como negligente la actuación médica “que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo” (SSTS, Sala 3ª, de 21 de febrero de 2008, 25 de junio de 2010 y 17 de julio de 2012).

La determinación de la conducta exigible a los esteticistas y tatuadores presenta las dificultades propias de la escasa regulación de sus respectivas actividades, agravadas en este segundo caso por no existir una regulación estatal, quedando tal cometido en manos de las distintas Comunidades Autónomas¹³.

12 Puede verse al respecto a SOLÉ FELIU, en “Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios”, Revista de Derecho Civil, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), Estudios, págs. 1-52. Documento recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/791-3848-1-PB.pdf.

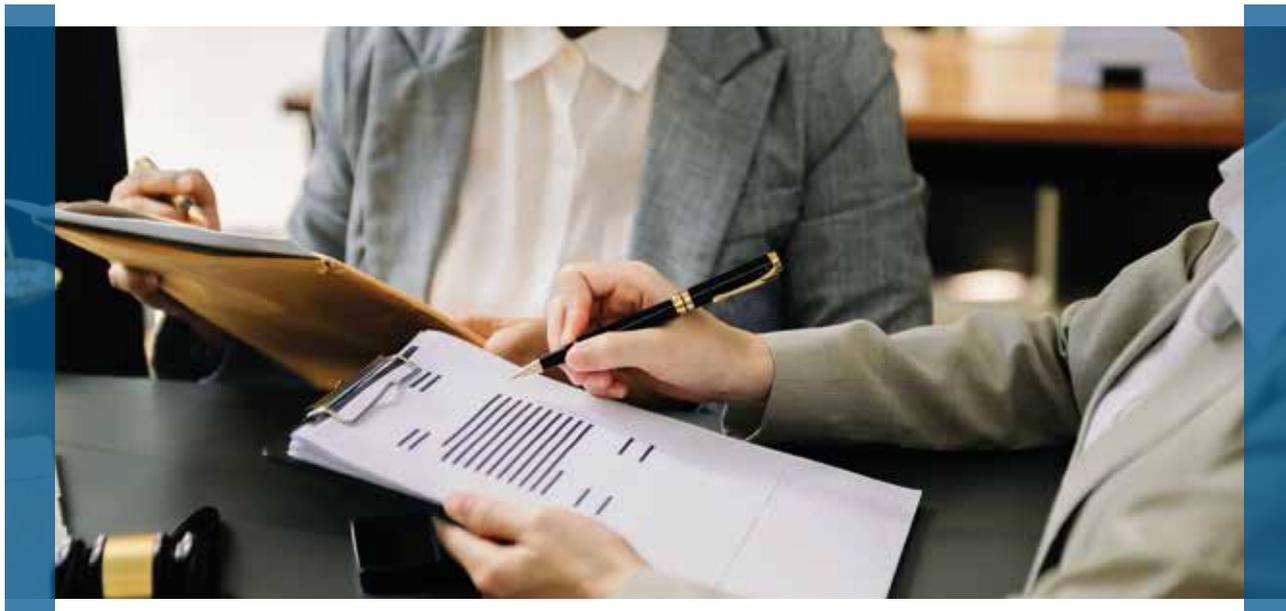
13 La reciente SJ1ª Instancia nº 2 de Tarragona de 9 de marzo de 2023 utiliza el Decreto 90/2008, de 22 de abril de Cataluña “para fijar el estándar mínimo de diligencia profesional exigible (al profesional demandado)”.

Otra dificultad añadida a la concreción del canon de conducta profesional exigible es la derivada de la escasez de protocolos aplicables, que se explica por la menor relevancia jurídica y social de estas profesiones, así como por ser ambas poseedoras de un perfil técnico también más bajo.

En todo caso, la eventual existencia de una normativa específica y su cumplimiento por parte del prestador no supone una causa automática de exoneración de la responsabilidad civil, cuando las medidas que han sido cumplidas se relevan insuficiente para prevenir el daño causado (STS de 3 de abril de 1998). El juez encara la necesidad de valorar en cada caso si el profesional ha cumplido con el estándar de conducta exigible, no solo de acuerdo con los reglamentos aplicables, sino, en general, de acuerdo con “las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”, como reza el art. 1104 CC. Luego, el profesional no se debe limitar a cumplir formalmente con las técnicas previstas con arreglo a lo que exige el conjunto de saberes o conocimientos propios de su actividad profesional, sino que la aplicación de aquellas debe realizarse con el cuidado exigible de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del usuario y de la intervención a realizar (en este sentido, a propósito de los actos médicos, véanse, por ejemplo, las SSTS de 23 de mayo y 18 de diciembre de 2006).

Una muestra de la dificultad de encontrar protocolos aplicables a la labor de los esteticistas la encontramos en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de noviembre de 2007, ya citada. Se enjuiciaba aquí si la demandada, esteticista de profesión, había incurrido en una mala praxis a la hora de aplicar un tratamiento para reducir la celulitis. La sentencia entendió que sí había habido negligencia alegando lo siguiente:

“A ello se ha de añadir: primero, que la formación y experiencia de la codemandada, Doña Elvira, en el uso del aparato “L.P.G.” y la aplicación de los diferentes tratamientos de que es susceptible, no parece que fuera todo lo amplia y completa que sería deseable (sólo llevaba usándolo 5 ó 6 meses cuando fue tratada la actora, tras realizar un curso de tres o cuatro días y practicar con algunos familiares y amigas); segundo, no consta que el aparato se usara en el centro Top Laser bajo supervisión y consejo médico alguno, como se hace siempre, según declaró Doña Edurne, en el centro donde ella presta sus servicios; tercero, el uso normal que se hace del aparato es el tratamien-



to en la modalidad “endermologie”, habiendo declarado Doña Edurne que nunca había usado la modalidad «grasa profunda», manifestando la codemandada, por dos veces, en el acto del juicio, que la única modalidad que trabajaban era la «endermologie”, aunque, contradictoriamente, también declaró que la “grasa profunda” la trabajan menos.

En base a ello, debe achacarse su decisión de cambiar el tratamiento a una falta de sensatez, seriedad y criterio profesional, es decir, pura negligencia, como quedó reflejado en el acto del juicio cuando declara que aplica los diferentes tratamientos e intensidades según le demandan las clientas, y si es amiga -como sería el caso de la actora- aún les regala alguna sesión o les aplica la mayor intensidad que le piden”.

Como vemos, la sentencia achaca a la demandada un incumplimiento de la “lex artis”, debido a la falta de experiencia, la ausencia de supervisión médica y la aplicación de las diferentes técnicas e intensidades de las que es capaz de desarrollar el aparato, sin otro criterio que la mera petición que en tal sentido le realizaban los clientes.

Un factor decisivo a la hora de medir la diligencia exigible al profesional es el riesgo del concreto tratamiento dispensado. En el caso de riesgos potencialmente altos, la jurisprudencia ha venido sosteniendo una inversión de la carga de la prueba, de tal modo que ha de ser el esteticista quien acredite que empleó todos los medios a su alcance para evitar el daño. Véase en

este sentido la SAP de Cáceres de 2 de febrero de 2023, ante un supuesto de depilación por láser:

“Conviene significar que la depilación por el método láser es un tratamiento estético de riesgo en la medida en que es susceptible de ocasionar lesiones cutáneas, especialmente quemaduras, que afectan a la epidermis y a la dermis, de tal modo que se invierte la carga de la prueba hasta el punto de que es la entidad demandada quien tiene la obligación de acreditar que empleó toda la diligencia exigible para evitar cualquier tipo de resultado dañoso, irracional, no razonable e indeseado, como ha sucedido en el supuesto que se somete a nuestra consideración”

Conforme a este criterio, la ausencia de responsabilidad ha de hacerse depender de una razonable proporcionalidad entre el riesgo que supone la ejecución de la técnica y el beneficio que se espera obtener.¹⁴ Si el beneficio es muy escaso o nulo en relación con otras técnicas contrastadamente más seguras para la salud del usuario, la actuación del profesional carecerá entonces de la justificación necesaria para excluir su responsabilidad si se ha ocasionado un daño. Ello deviene de su obligación de proceder con la diligencia debida a tenor, como venimos

¹⁴ Este mismo criterio sostiene LLAMAS POMBO, E., a propósito de las técnicas de reproducción asistida, en *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, pág. 360.

diciendo, de las circunstancias de tiempo y lugar, pudiendo entenderse que un tratamiento que no resulta lo suficientemente eficaz en proporción al riesgo que genera, comparada con otras alternativas, revela la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado.

Un análisis de la jurisprudencia permite descubrir otros criterios dirigidos a presumir la culpa del profesional de la belleza, como los de la facilidad probatoria y el del daño desproporcionado.

La carga de la prueba, tal y como se halla prevista en el art. 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), supone que el actor debe probar el incumplimiento de la obligación y el demandado la extinción de la misma por haber realizado de forma adecuada la prestación debida. Este planteamiento ha sido aplicado en el ámbito de la responsabilidad médica en el sentido de que corresponde al paciente probar que el médico no puso los medios necesarios, no siendo suficiente con acreditar la existencia de un nexo causal entre la actuación del médico y el daño causado.

Con todo, no siempre le es fácil al paciente disponer de los medios de prueba. Por el contrario, suele ser el médico o centro hospitalario quienes tengan un más fácil acceso a la fuente de prueba que fundamente su exculpación, bien sea porque tienen a su alcance los documentos que recogen el proceso clínico de la enfermedad del paciente, o bien porque tienen una posición más ventajosa para conocer el desarrollo de los hechos y su valoración técnica o científica.

Por tales motivos, la jurisprudencia de los últimos años ha venido matizando las normas probatorias, estableciendo criterios equitativos de adecuación de la carga de la prueba a las circunstancias concretas de las partes del litigio¹⁵. Sobre la aplicación de este criterio en un supuesto de tratamiento de belleza, véase, por ejemplo, la SAP de Valencia de 22 de abril de 2009, citada por la SAP de Madrid de 14 de junio de 2016:

“En el supuesto enjuiciado, la actuación de la entidad demandada se asocia a la actividad de medicina voluntaria, pues estaba

destinada a mejorar la apariencia estética de su cliente, eliminándole el vello mediante láser. En éste ámbito, no habiendo logrado ese resultado estético, corresponde a la demandada, que actuó en el ejercicio de su profesión o actividad empresarial, acreditar que no le es imputable la aparición de los efectos adversos y nocivos para la salud que sufrió la actora, pues es aquélla la que tiene la mayor facilidad de prueba para desvelar la causa próxima que los originó (inadecuado funcionamiento de la máquina de láser, error en la persona que la manejó, alguna característica del cuerpo de la demandante o la interferencia de un indeseable comportamiento de ésta)”.

Por lo que respecta al criterio del daño desproporcionado, supone la producción de un daño de los que normalmente no se producen si no es por razón de una conducta negligente. Por tal motivo, no resulta de aplicación a aquellos daños encuadrables entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, en palabras de la STS de 31 de enero de 2003, “entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada”. De lo contrario, es decir, de aceptarse la responsabilidad del profesional aun habiéndose empleado con la diligencia exigible, se vulneraría el principio unánimemente aceptado de que la obligación del médico se configura como de medios y no de resultados.

Como ejemplo de la aplicación de este criterio en los casos de tratamientos de belleza, podemos citar las SSAP de Valencia de 29 de abril de 2005 y Alicante de 21 de junio de 2005¹⁶.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de abril de 2005 dijo que:

“...el tratamiento empleado a través de aparato de fotodepilación lo sea meramente estético sin entrar en consideración estricta de médico-estético, al no ser preciso en todo caso su manejo por personal médico, no se debe olvidar tampoco que se actúa sobre el propio cuerpo humano,lo que

¹⁵ De especial relevancia resulta la STS de 23 de diciembre de 2002 en cuanto recopila la jurisprudencia existente al respecto y que viene a establecer que la carga de probar la falta de relación de causalidad entre intervención y médico incumbe al médico y no al perjudicado, precisamente por esa mayor facilidad o disponibilidad que tiene para acceder a la fuente de la prueba.

¹⁶ Véase también sobre el criterio del daño desproporcionado por un tratamiento de estética, la SAP de Córdoba de 10 de junio de 2022: “... el daño padecido por doña Gabriela merece la calificación de resultado desproporcionado en cuanto que la propia entidad del resultado daño es claramente indicativa (res ipsa loquitur) de que no se corresponde con el normal acaecido de las cosas y por ello dicho resultado anormal cabe inicialmente atribuirlo a la conducta negligente en la que, salvo que acredite lo contrario, ha debido de incidir el correspondiente profesional”.

posibilita la exigencia de responsabilidad de esta clase en lo que se refiere precisamente a este añadido de mayor supervisión, por lo que no se entienden desencaminadas las consideraciones que se realizan en la sentencia de instancia en orden a lo que es la doctrina jurisprudencial en supuestos de tratamientos médico estéticos, incluso en cuanto a la exigencia de la oportuna información sobre los riesgos, máxime cuando para ello se emplean aparatos o mecanismos que pueden producir daños por un empleo o funcionamiento defectuoso”.

Por su parte, la SAP de Alicante de 21 de junio de 2005 se pronunció en estos términos:

“En definitiva, queda acreditado que la actora recibió dos sesiones de fotodepilación con un resultado satisfactorio siendo en la tercera cuando aparecen unas quemaduras que no ocurrieron en las otras dos sesiones siendo por ello un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: (a pesar de que un especialista las califica de primer grado y otro de segundo grado); lo cual crea una deducción de negligencia («res ipsa loquitur»), una apariencia de prueba de ésta (Anscheisbeweis), una culpa virtual (faute virtuelle).

Cabe matizar que en estas dos últimas sentencias, los tribunales no sostienen una objetivación absoluta de responsabilidad, sino la apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado, ante la ausencia de explicación por parte del profesional de la disonancia entre el riesgo inicial que implicaba el tratamiento estético y la consecuencia producida. Por tanto, no habrá responsabilidad si el demandado justifica que su intervención se realizó de manera diligente, ya que no basta con constatar una mera relación fáctica entre dicha actuación y el daño, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado. Es decir, el daño debe ser adecuado a la conducta del profesional de quien se predica su causación.

3.2. El consentimiento informado

De manera evidente, desde hace años se viene produciendo en un nuestro país un cambio de paradigma en la evolución de la protección a la salud y, consiguientemente, en el estatuto del usuario de los servicios sanitario, en consonancia con los textos jurídicos internacionales¹⁷. Frente a la idea de un paciente que se

limita a recibir una determinación prestación sanitaria, se ha abierto paso una concepción mucho más activa, que propugna la idea de un usuario del servicio, ya sea público o privado, que goza del derecho inalienable a participar activamente en la toma de decisiones acerca de su salud. La dignidad del individuo comporta el necesario reconocimiento de su autonomía y de la calidad de la atención sanitaria a recibir, premisa que ha tenido un reconocimiento expreso por parte del legislador en normas tan importantes como, la ya lejana Ley general de sanidad, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y la Ley de cohesión y calidad del sistema nacional de salud. Producto de esta evolución, la atención sanitaria se concibe bajo la preeminencia del principio de la autonomía del paciente frente a otros tres principios de recia raigambre en la tradición médica como son los de beneficencia, no maleficencia, y justicia¹⁸.

La autonomía orienta el curso de la actividad médica, imponiendo deberes taxativos al personal sanitario, algunos de carácter positivo, ya sea el de proporcionar la necesaria información al paciente, y otros negativos, como es el de abstenerse a dispensar un tratamiento que ha sido rechazado por este. Por lo general, la doctrina y la jurisprudencia han circunscrito la autonomía en el ámbito sanitario a una dualidad polarizada en torno al derecho a la información y el derecho a decidir, cuya conjunción da lugar al consentimiento informado, auténtico elemento nuclear de la autonomía del paciente, de cuya importancia da cuenta la STS de 12 de enero de 2021, que lleva a calificarlo como “derecho humano fundamental”¹⁹. El art. 2.2 LBAP dispone que el consentimiento debe obtenerse después

de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997.

¹⁸ HORTAL, A., Ética general de las profesiones, Centros Universitarios de la Compañía de Jesús-Desclée de Brouwer, Bilbao, 2004, p. 97. El principio de beneficencia enuncia que el acto médico debe tener la intención de producir un beneficio para la persona en favor de quien se realiza. El de no maleficencia implica no producir daño y prevenirlo. La justificación exige que la atención sanitaria sea equitativa en la distribución de cargas y beneficios entre la sociedad.

¹⁹ También el Tribunal Constitucional ha conectado el consentimiento del paciente con el derecho fundamental a la integridad física, pues “la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física” (así, la STC de 28 de marzo de 2011).

17 Un ejemplo cualificado es el Convenio del Consejo

de que el paciente reciba una información adecuada. Se traduce en dar, concretamente al paciente, y en términos comprensibles para él, una información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas, siendo constante la jurisprudencia que recoge esta exigencia como un deber inexcusable por estar incluida en la "lex artis", cuya inobservancia evidencia una mala práctica médica²⁰.

El consentimiento informado se encuentra hoy regulado en la 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 (LBAP). El capítulo I de la LBAP, que lleva por título "Principios generales", se pronuncia sobre la autonomía en el art. 2, y más concretamente en los apartados 2, 3 y 4. De manera palatina, el art. 2.2 LBAP dispone que: " Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios". En líneas generales, esta ley ha supuesto un paso importante en la toma de consideración del tratamiento médico como un proceso deliberativo, que no se agota, ni mucho menos, con la firma del documento que recoge el consentimiento del paciente.

Sucede, no obstante, que no existe una norma general reguladora del consentimiento informado, fuera del "ámbito sanitario", según la expresión utilizada por el art. 2.2 LBAP, que acabamos de citar. Tampoco existe una norma específica para los centros de belleza, aunque algunas Comunidades Autónomas sí lo contemplan para la aplicación de técnicas de tatuaje²¹. La falta de una norma general, o específica en el caso de los esteticistas, obliga a plantearse qué trascendencia puede tener la falta de consentimiento informado como fundamento de la responsabilidad civil de estos profesionales. Consideramos que la solución se encuentra en la aplicabilidad directa de la Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional viene sosteniendo de manera reiterada que los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE) (...) son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios

programáticos" (STC 21/1981, de 15 de junio). En el mismo sentido, la STC 39/1983, de 17 de mayo, dijo que "los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo".

La ausencia de consentimiento no solo afecta a la integridad física. El reconocimiento de la autonomía, una de cuyas manifestaciones es la facultad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo, tiene su fundamento constitucional en la dignidad y el derecho a la integridad moral plasmada del art 15 CE²². Por eso, se puede entender vulnerado el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE aun cuando una actuación corporal heterónoma no comprometa la salud del interesado.

Partiendo de estos fundamentos constitucionales de la autonomía personal, resulta evidente que cualquier intervención realizada por un profesional de la estética o del tatuaje exige el consentimiento expreso del usuario de los servicios, con mayor razón incluso si la actuación es susceptible de generar un riesgo para la salud. Consiguientemente, la ausencia de consentimiento podrá generar responsabilidad civil si va acompañada de un daño al usuario. Por el contrario, la materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia (por todas, STS de 13 de abril de 2016)

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido admitiendo expresamente esta responsabilidad por ausencia o insuficiencia del consentimiento informado en los centros de estética. A efectos ilustrativos, podemos traer a colación la SAP de Ciudad Real de 31 de marzo de 2011. Se ejercitaba una acción de responsabilidad contractual contra un centro de estética

20 En este sentido, por ejemplo, las SSTS (Sala 3ª) de 26 de septiembre de 2000 y 18 de enero de 2005, que equiparan la falta de consentimiento con la negligencia en la actuación técnica, debiendo responder los responsables sanitarios por los daños sufridos por el paciente.

21 Véanse, por ejemplo, los arts. 11 y 12 del citado Decreto 35/2005, de 10 de marzo, de la Comunidad de Madrid.

22 El Tribunal Constitucional ha rechazado que los ataques a la autonomía derivados de una defectuosa o inexistente prestación del consentimiento informado puedan encuadrarse en el art. 17 CE, que garantiza el "derecho a la libertad", además de la seguridad. Según la doctrina constitucional, la libertad que se protege en ese precepto es la libertad física, que previene "frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros" (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, entre otras).

por las quemaduras que había sufrido la actora tras un tratamiento de fotodepilación dispensado en un centro de estética. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, calificando el contrato existente entre la usuaria y el centro como de obra. La Audiencia Provincial confirma el fallo condenatorio con los siguientes argumentos:

“Es cierto que la actora fue advertida de las características del tratamiento y de sus posibles efectos o consecuencias adversas, tal y como consta en el consentimiento informado firmado por ella, pero, con independencia de que en este documento se contempla la posibilidad de que se produzcan eritema temporal que no quemaduras de primer grado, como bien aprecia la sentencia recurrida, conviene recordar que el consentimiento informado presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de actos de carácter perfectivo o satisfactivo, como es el de autos. (...) Entendemos que aunque sea factible considerar que el tratamiento empleado a través de aparato de fotodepilación lo sea meramente estético sin entrar en consideración estricta de médico-estético, al no ser preciso en todo caso su manejo por personal médico, no se debe olvidar tampoco que se actúa sobre el propio cuerpo humano, y que la propia demandada acepta dar un plus en su actuación, y eventualmente exige una retribución acorde con estas garantías, lo que posibilita la exigencia de responsabilidad de esta clase en lo que se refiere precisamente

a este añadido de mayor supervisión, por lo que no se entienden desencaminadas las consideraciones que se realizan en la sentencia de instancia en orden a lo que es la doctrina jurisprudencial en supuestos de tratamientos médico estéticos, incluso en cuanto a la exigencia de la oportuna información sobre los riesgos, máxime cuando para ello se emplean aparatos o mecanismos que pueden producir daños por un empleo o funcionamiento defectuoso”.

La sentencia entiende que, aunque no nos encontremos ante un tratamiento de medicina estética, existe un deber reforzado del profesional a la hora de recabar el consentimiento informado del usuario, tanto por tratarse de un tipo de tratamiento no necesario ni curativo, como por ser potencialmente peligroso para la salud²³.

3.3. Responsabilidad por daños desde la perspectiva del usuario: el art. 148 TRLGDCU

El art. 148.I del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) recoge un sistema de responsabilidad cuasiobjetiva que se aplica a

²³ Hay muchas otras sentencias de las Audiencias Provinciales que admiten la responsabilidad por ausencia de consentimiento informado en centros de belleza y tatuaje. Así, las SSAP de Castellón de 28 de junio de 2019 y Madrid de 28 de julio de 2021 (si bien, esta sentencia consideró válidamente recabado el consentimiento en el caso enjuiciado) y 14 de enero de 2022, entre otras.



determinados servicios cuando por su naturaleza o por estar reglamentariamente establecido, incluyan la garantía de unos niveles de “pureza, eficacia o seguridad”.

Sobre la posible aplicación de este régimen de responsabilidad a los profesionales de la belleza y tatuadores, debemos hacer mención al hecho de que el párrafo segundo del art. 148 TRLGDCU recoge los servicios que “en todo caso” se consideran sometidos a este régimen objetivo de responsabilidad, señalando entre ellos a los médicos, mas no a los analizados en este trabajo. La posible solución a esta cuestión pasa por dos argumentos. El primero de ellos sería entender que el precepto recoge un sistema de números abiertos, de manera que pueden tener cabida en su ámbito objetivo otros servicios, como los de estética y tatuajes; el segundo consiste en asimilar estos últimos servicios, sobre todo, los de estética, a los médicos.

Este segundo criterio ha sido el acogido por las Audiencias Provinciales, paradigmáticamente, la SAP de Madrid de 14 de junio de 2016, ya citada, reproducida luego por otras sentencias²⁴. Se viene a decir en esta resolución, referida a la eliminación del vello corporal a través de las técnicas de fotodepilación o láser, pero cuyos argumentos son extrapolables a otros tratamientos de belleza o tatuaje, que, “en cuanto no dejan de suponer una injerencia en el cuerpo humano, participan en alguna medida de la naturaleza de actuaciones clínicas propias de la denominada medicina voluntaria, y por ello les resulta de plena aplicación los citados preceptos del TRLGDCU”.

Aplicando el TRLGDCU, el consumidor únicamente debe probar el defecto del producto o servicio, el daño y la relación de causalidad, instaurándose así un régimen de responsabilidad cuasiobjetiva, en cuya virtud, la culpabilidad de la persona que causa el daño no es requisito para que se le haga responsable y, por tanto, la víctima, que sí debe probar el defecto, no tiene en cambio la carga de probar la negligencia del fabricante o prestador del servicio. Con respecto a esta inversión de la carga de la prueba, podemos citar la SAP de Las Palmas de 2 de junio de 2008, que conoció de un supuesto de daños causados por fotodepilación:

“... dice la apelante que no se ha acreditado la culpa o negligencia de su mandante en la

producción del daño, más olvida que en este ámbito opera la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole el “onus probandi” de que la cuarta sesión de fotodepilación, en la que se producen las lesiones, se realizó con igual programación de la maquinaria de laser y en los mismos términos que las inocuas sesiones anteriores, partiendo de la responsabilidad regulada en los artículos 25 y siguientes de la LGDCyU [hoy, arts 147 y ss TRLGDCU]”.

Adviértase, no obstante, que la inversión de la carga de la prueba no alcanza a la relación causal entre la acción u omisión y el daño, pues este elemento necesario de la responsabilidad civil debe ser probado por el demandante. Así lo indica, por ejemplo, la SAP de Madrid de 21 de mayo de 2009 al enjuiciar la acción de responsabilidad civil contra la titular de una peluquería, por la foliculitis sufrida por la usuaria:

“Y aunque entendiéramos que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual, con base a la prestación de servicios (depilación), a los efectos de los artículos 1542 y siguientes del Código Civil, realizada a la actora en el establecimiento de peluquería del que es titular (...), no por ello las conclusiones serían distintas, por cuanto también sería preciso determinar la relación causa-efecto entre el servicio prestado y la consecuencia (foliculitis) que se alega...”

Esta necesidad de probar la relación de causalidad a cargo de quien reclama los daños se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (SSTS de 11 febrero 1998, 3 de junio de 2000 y 19 octubre 2007), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 17 diciembre de 1988, 21 de marzo de 2006 y 30 de mayo 2008).

IV. LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS DISTINTOS SUJETOS INTERVINIENTES

Hoy en día, es habitual que en los centros de belleza, dado el amplio número de tratamientos que en ellos se dispensan y su distinta

24 Así, por ejemplo, en las SSAP de Granada de 21 de enero y 24 de marzo de 2022, y Cantabria de 10 de febrero de 2022.

naturaleza, presten sus servicios, además de los esteticistas, otros profesionales, como pueden ser los médicos o enfermeros. Esta coexistencia de profesionales de diversos ámbitos hace necesario deslindar la atribución de responsabilidad que cada uno de ellos pueda tener en la producción del daño.

En estos casos, la demanda de responsabilidad puede ser dirigida, bien contra el profesional concreto que atendió al paciente, siempre que sea posible individualizar su conducta negligente como causante (relación causa - efecto) del daño, bien contra el propio centro, o bien, simultáneamente contra el centro y contra todos los profesionales que trabajan para este y que le dispensaron el tratamiento.

En principio, lo correcto es la asignación individualizada de cuotas de responsabilidad, en concordancia con la entidad y consecuencias de la negligencia en los distintos profesionales que han intervenido en el tratamiento generador del daño. Recuérdese que, en el caso de los médicos, el Código Deontológico Médico señala que la responsabilidad personal del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo (art. 35.2 del Código de Ética y Deontología Médica). Sea cual sea la modalidad asistencial, la responsabilidad del médico ante sus pacientes debe permanecer individual, invariable y completa.

Esta atribución al concreto profesional no impide la responsabilidad civil de todos los integrantes del grupo o equipo actuante cuando ha habido negligencia todos ellos y no es viable otorgar distinto grado o diferentes cuotas de culpabilidad o responsabilidad a unas conductas sobre otras, por tener la misma, idéntica o similar incidencia en el resultado final irrogado (STS de 8 de marzo de 2004). Tratándose de profesionales de desigual titulación y especialización, la diligencia exigible deberá tomar en consideración dichas circunstancias. Dicho de otra forma, cada profesional deberá actuar conforme al parámetro de conducta específico de su profesión, por lo que no estará obligado a dominar técnicas o conocimientos ajenos a esta.

También puede existir responsabilidad solidaria entre los profesionales actuantes y el titular del centro de belleza, dado que este último ostenta una responsabilidad *in eligendo e in vigilando* (art. 1903.4 del Código Civil), con independencia de la propia del profesional concreto que obró erróneamente, y sin perjuicio del derecho de repetición que puede ostentar aquel frente a este.

Una situación distinta es la que se produce cuando el profesional que presta sus servicios en el centro lo hace sin vinculación alguna con este, y los daños se deben a su única conducta. Si no cabe imputar negligencia al centro, la responsabilidad sólo podría ser atribuida al profesional (STS de 11 de noviembre de 1991).

La identificación de los sujetos causantes del daño no resuelve el problema del fundamento de la imputación. Quedaría por aclarar el modo en que debe armonizarse la aplicación de las distintas normas reguladoras de la responsabilidad civil, es decir, normas generales recogidas en el Código Civil (principalmente, el art. 1902 para la responsabilidad extracontractual, y el 1101 para la contractual) y normas específicas de Derecho de consumo, como el citado TRLGDCU.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de unas y otras normas, al establecer regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, o en su caso, cuasiobjetivas, ponen de manifiesto la necesidad de aclarar quiénes son los sujetos que caen bajo sus respectivos ámbitos de aplicación.

Entendemos que a quien asume el riesgo empresarial, entiéndase el titular del centro de estética o de tatuaje, le pondrán ser imputados los daños con un régimen de responsabilidad reforzada, ya sea a través de una interpretación objetivadora de la responsabilidad civil derivada del art. 1902 CC (régimen general), ya sea de conformidad con lo establecido en el art. 148 TRLGDCU. La razón de ello es que, en el caso de los daños ocasionados por actividades empresariales que generen un peligro para la sociedad, el régimen de responsabilidad viene fuertemente condicionado por el factor de riesgo, hasta tal punto de que ese factor puede desplazar a la culpa como criterio de imputación.

Puede citarse como ejemplo de este criterio, la SAP de Ciudad Real de 31 de marzo de 2011. La perjudicada demanda únicamente a la titular del centro de belleza, no a los esteticistas que trabajan para ella por cuenta ajena, por los daños sufridos a raíz de un tratamiento dirigido a la eliminación del vello. La sentencia adujo lo siguiente:

“La responsabilidad exigida en la demanda no es, en definitiva, la profesional de la esteticista que aplicó el tratamiento, sino la contractual que es propia y exclusiva de la entidad demandada en la prestación de este servicio, con base en la cual se pide la in-

demnización de los daños causados en el cumplimiento de la obligación convenida (...) La responsabilidad contractual exigida en este caso debe enmarcarse en el ámbito de la relación de consumo surgida entre el cliente o usuario que contrata y utiliza como destinatario final un determinado servicio y la empresa u organización dedicada a la prestación del servicio contratado. Estamos, pues, ante una responsabilidad por la inexistencia o incumplimiento de determinados niveles de seguridad y eficacia, al margen de la culpa o de la vulneración de la *lex artis* discutida por la apelante, que da derecho al paciente a exigir que el tratamiento recibido produzca los resultados normales y acordes con el estado actual de la técnica aplicada, y garantiza una indemnización de los daños causados cuando no se alcancen dichos resultados normalmente previsible, de manera que el funcionamiento del servicio se produce de forma diferente a la que cabe esperar de él, sin que medie culpa del propio usuario, caso fortuito o fuerza mayor”.

Por el contrario, el profesional que realiza su actividad de forma dependiente y no asume, por tanto, el riesgo empresarial, responderá según los parámetros generales de la culpa regulados en el Código Civil. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo (por todas, STS de 7 de mayo de 2007) entiende que el régimen de responsabilidad objetiva contemplado en la legislación sobre consumidores únicamente puede proyectarse “sobre los aspectos funcionales del servicio” pero no resulta de aplicación a los “daños

imputables directamente a los actos médicos”, entendiéndose también incluidos, otros actos no estrictamente médicos, como los que realizan los esteticistas. Es decir, que si bien es cierto que la regla general exige que para que exista responsabilidad debe haber intervenido culpa o negligencia por parte del profesional, no lo es menos que, en supuestos de absolución de este, es admisible la responsabilidad objetiva del centro de belleza por la vía del art. 148 TRLGD-CU, que deriva del hecho de no mantener los servicios dentro de los niveles de garantía, eficacia y seguridad exigibles por el usuario.

A la hora de concretar cuáles pueden ser los supuestos de servicios que no cumplen con los niveles exigibles a efectos de aplicación del art. 28, el Tribunal Supremo ha establecido los siguientes criterios: a) no es necesario que haya una norma reglamentaria que los exija positivamente, b) existe responsabilidad cuando se desprende que el hecho dañoso se produjo en el círculo de actividad de la empresa, aunque no se identifiquen los concretos responsables, pero sí se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada, c) es aceptable una responsabilidad “difusa” por no constar un conveniente control de los factores de riesgo (STS de 29 de octubre 2002)²⁵.

25 A favor de estos criterios se pronuncia también PARRA LUCÁN, M^º.A., “Responsabilidad por hecho ajeno. Responsabilidad del empresario”, en *Curso de Derecho Civil (II), Derecho de Obligaciones* (Coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 3^º edición, Colex, Madrid, 2011, pág. 926.

