



Roj: **STS 4355/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4355**

Id Cendoj: **28079110012021100803**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2021**

Nº de Recurso: **5955/2018**

Nº de Resolución: **828/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 828/2021

Fecha de sentencia: 30/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5955/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE ALICANTE, SECCIÓN 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5955/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 828/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 30 de noviembre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Dorsia La Primera, S.L., representada por la procuradora D.^a Carolina Martí Sáez, bajo la dirección letrada de D.^a Laura Izquierdo Rodríguez, contra la sentencia n.º 335/2018, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación n.º 868/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 375/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante. Ha sido parte recurrida D.^a Eulalia, representada por la procuradora D.^a Amanda Tormo Moratalla y bajo la dirección letrada de D. Antonio González Piñera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Amanda Tormo Moratalla, en nombre y representación de D.^a Eulalia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Dorsia La Primera, S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que [...] se condene a la demandada al pago de la suma de veinticinco mil trescientos setenta y dos euros con cuarenta y seis céntimos (25.372,46 €) en concepto de indemnización, más intereses legales que correspondan, y todo ello con imposición de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 10 de febrero de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante se registró con el n.º 375/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Carolina Martí Sáez, en representación de Dorsia La Primera, S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con absolución a mi representada de los pedimentos solicitados contra ella, y con expresa imposición de costas a la parte actora por su manifiesta mala fe y temeridad".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante dictó sentencia de fecha 4 de septiembre de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Amanda Tonno Moratalla en nombre y representación de doña Eulalia contra Dorsia la Primera S.L., debo condenar a ésta última a abonar a la actora la cantidad de dieciocho mil doscientos cuarenta euros con setenta y cuatro céntimos de euro (18.240,74 euros) más los intereses legales correspondientes.

Con expresa condena en costas a la demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Dorsia La Primera, S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 868/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Dorsia la Primera SL, representada por la Procuradora Sra. Martí Sáez, contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, con fecha 4 de septiembre de 2017, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de reducir el principal importe de la condena a la suma de 14.444,59 euros y dejar sin efecto la condena en costas impuesta a la apelante, confirmando la sentencia en cuanto a sus demás pronunciamientos y sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Carolina Martí Sáez, en representación de Dorsia La Primera, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMER MOTIVO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de sus sentencias de STS 20 de enero de 2011 (Recurso 1565/2007); SSTS 21 de octubre de 2005 (Recurso 1039/1999); 29 de junio 2007; SSTS 15 de noviembre 2006, y las que en ella se citan), dice la STS 21



de enero 2009 (Recurso 1746/2003), 22 de septiembre 2010 (Recurso N° 1004/2006) respecto la aplicación de la normativa reguladora del consentimiento informado artículos 8 y 10 de 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 y, artículos 8. 11 y 12 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana.

SEGUNDO MOTIVO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3° LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida se basa en la antigua doctrina que distinguía entre medicina curativa-medios satisfactiva- resultados frente a la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de sus sentencias de STS de 15 de Febrero de 2017 (N° de Recurso: 2511/2014); SSTs 30 de junio de 2009 (N° Recurso 222/2005) y 20 de noviembre 2009 (Recurso N° 1945/2005); 07/05/2014 (Recurso N° 545/2012); 03/02/2015; 03/03/2010 y 19/07/2013; 13/04/2016 (Recurso n° 2237/2014); 28/06/2013 y STS 9/09/2014 en las que se reconoce que la responsabilidad del profesional médico en la cirugía satisfactiva es de medios y no de resultados.

TERCER MOTIVO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2.3° LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida se basa en la antigua doctrina del daño desproporcionado frente a la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, la emanada de sus sentencias de STS de 23 de octubre de 2008 (Recurso N° 870/2003), y las que en ella se citan y STS 19 de octubre 2007 y 30 de junio 2009; STS 31 de enero de 2003 (Recurso N° 1897/1997); y las que en ella se citan 20 de enero de 2011: en las que se reconoce como en supuestos como el que nos ocupa que no es posible aplicar al presente caso la doctrina del daño desproporcionado porque son conocidas las causas que han provocado la situación actual de la actora".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 17 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Dorsia la Primera S.L. contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 868/2017, dimanante del procedimiento ordinario n.º 375/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante.

2.º) Abrir el plazo de veinte días, para que la parte recurrida formalice, por escrito su oposición al recurso, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría, durante el citado plazo.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 24 de noviembre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Con la finalidad de resolver el recurso de casación interpuesto partimos de las siguientes circunstancias condicionantes:

1º.- A la actora, el 9 de marzo de 2006, se le practicó, en la clínica de la sociedad demandada, una intervención quirúrgica de aumento de mamas, mediante la implantación de dos prótesis, que tuvieron que ser sustituidas por deficiencias de fabricación ulteriormente descubiertas, y presentar, además, una ptosis grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha.

2º.- Esta segunda intervención se llevó a efecto en la misma clínica, con fecha 23 de febrero de 2011, en la que se procedió a la sustitución pautada y a la práctica de una mastopexia. Una vez operada, la actora presentó asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas.

3º.- La demandante, varios días antes de esta segunda intervención, concretamente el 7 de febrero de 2011, firmó las hojas del consentimiento informado, en las que, con respecto a la retirada de los implantes mamarios, se le advertía como riesgos de la intervención:



"Cicatriz cutánea.- Aunque es de esperar una buena cicatrización después del procedimiento quirúrgico, pueden darse cicatrices anormales tanto en la piel como en los tejidos profundos. La cicatrización excesiva es infrecuente. Pueden necesitarse tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal.

Otros: Puede ocurrir asimetría mamaria después de la cirugía. Usted puede estar en desacuerdo con los resultados de la cirugía. Puede necesitar cirugía adicional para mejorar la forma de las mamas después de la retirada de los implantes. La cicatrización resultante de la retirada de las prótesis puede complicar una futura cirugía mamaria".

NECESIDAD DE CIRUGÍA ADICIONAL. Si ocurren complicaciones puede ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados con la cirugía de retirada de implantes mamarios. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse".

4º.- En relación con la práctica de la mamoplastia de aumento se hacía referencia, en el consentimiento informado suscrito, a que:

"La forma y el tamaño de las mamas previas a la cirugía pueden influir tanto en el tratamiento recomendado como en el resultado final. Si las mamas no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía, es poco probable que sean completamente simétricas después.

Cicatriz cutánea.- La cicatrización excesiva es infrecuente. En casos raros pueden darse cicatrices anormales. Las cicatrices pueden ser inestéticas o de diferente color al de la piel circundante. Puede necesitarse cirugía adicional para tratar cicatrices anormales tras la cirugía.

Otros. Usted puede estar en desacuerdo con los resultados de la cirugía. Puede ocurrir asimetría en el emplazamiento de las prótesis, forma o tamaño de las mamas. Puede darse desplazamiento insatisfactorio o mala calidad de las cicatrices. Podría necesitarse cirugía adicional para mejorar los resultados".

5º.- En relación con el documento relativo al consentimiento informado para la mastopexia y suscrito por la demandante, consta:

"Cicatriz cutánea.- Todas las cirugías dejan cicatrices, algunas más visibles que otras. Aunque es de esperar una buena cicatrización, después del procedimiento quirúrgico, pueden producirse cicatrices anormales en la piel en los tejidos profundos. Las cicatrices pueden ser inestéticas de diferente color al de la piel circundante. Existe la posibilidad de marcas visibles en la piel por las suturas. En algunos casos puede requerir revisión quirúrgica o tratamiento.

Asimetría.- Cierta grado de asimetría mamaria ocurre de forma natural en la mayoría de las mujeres, también pueden ocurrir diferencias en términos de forma de la mama del pezón, cambio o asimetría tras la cirugía. Puede necesitarse cirugía adicional para revisar una asimetría después de la mastopexia.

NECESIDAD DE CIRUGÍA ADICIONAL

Existen muchas condiciones variables que pueden influenciar los resultados a largo plazo de la mastopexia. Puede necesitarse cirugía secundaria para realizar un tensado adicional o una reposición de las mamas. Si ocurren complicaciones, puede ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. Aunque los riesgos y complicaciones son raros, los riesgos citados están particularmente asociados con la mastopexia. Pueden ocurrir otros riesgos y complicaciones, pero son todavía más infrecuentes. La práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta, y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse.

Si se diera el caso de tener que reintervenirse el paciente debido a cualquier motivo por causa ajena a la clínica o al cirujano, como contractura capsular, rotura de prótesis, infección, puntos abiertos, etc. el paciente podría pagar los gastos derivados de dicha reintervención (hospital y anestesia) siendo que ni Dorsia, ni el cirujano cobrarán sus servicios adicionales".

6º.- Formulada la correspondiente demanda, su conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, que dictó sentencia en la que se estimó parcialmente la pretensión actora, con el argumento de que, si bien el consentimiento informado fue suscrito por la demandante, como expresamente reconoció, sin embargo, la demandada no demostró que le hubieran explicado debidamente los riesgos concretos de la intervención y que, por otra parte, nos encontrábamos ante un caso de medicina voluntaria, en la que la obligación del cirujano es de resultado, con cita de la STS de 11 de febrero de 2001.



7º- Interpuesto recurso de apelación, por la entidad demandada, fue resuelto por sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante. En su decisión, el tribunal provincial razonó que la reclamación debe circunscribirse, exclusivamente, con respecto a la segunda cirugía llevada a efecto, dado que:

"[...] ha de darse la razón a la recurrente en el sentido de que no cabe establecer ningún otro tipo de responsabilidad por la primera intervención, toda vez que ni en el informe pericial del Dr. Justiniano (folios 52-60) ni en su ampliación en el acto del juicio se ha determinado que en ella se hubiera incurrido en algún otro tipo de negligencia ni tampoco puede deducirse de la prueba que el estado que presentaba la paciente al tiempo de la segunda intervención supusiera una complicación no previsible y no advertida convenientemente en el consentimiento informado suscrito a tal efecto (folios 104 ss.)".

No obstante, desestima el recurso puesto que, en la segunda intervención, "se ha constatado objetivamente su defectuoso resultado por asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas". Imputa al cirujano dicho resultado mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, dado que se causó un resultado de los que habitualmente no se producen salvo por el concurso de una acción negligente, y añade, en un último razonamiento, antes de proceder a la valoración del daño, que:

"En este orden de cosas, la Sala coincide con las apreciaciones del Juzgado en que los resultados apreciados por el perito y comprobables mediante las fotografías que obran al folio 253 de las actuaciones no son en absoluto aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, no presidida por la necesidad y el fin curativo sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo, cuyas diferencias desde el punto de vista jurídico han sido objeto también de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de sobra conocidos".

En cualquier caso, se estima en parte el recurso de apelación con respecto al montante indemnizatorio, en tanto en cuanto, al no haberse apreciado ninguna negligencia en la primera intervención, y computar conjuntamente el perito los días improductivos y no improductivos de ambas operaciones, se reduce este concepto resarcitorio a la mitad; por todo ello, el importe de la condena impuesta queda determinado en la suma de 14.444,59 euros.

8º.- Contra dicha sentencia se interpone por la entidad demandada recurso de casación.

SEGUNDO.- Examen del primer motivo del recurso de casación

2.1 Fundamento y desarrollo del recurso de casación, la oposición de la actora

El recurso de casación es por interés casacional (art. 477.2 3º y 3 de la LEC). Se fundamenta en la vulneración de los artículos 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como, por infracción de los artículos 8, 11 y 12 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad de Valencia. Se cita como doctrina jurisprudencial aplicable, que evidencia el interés casacional, las sentencias de 21 de octubre de 2005 (rec. 1039/1999); 15 de noviembre de 2006 y las que en ellas se citan; 21 de enero 2009 (rec. 1746/2003); 22 de septiembre 2010 (rec. 1004/2006) y 20 de enero de 2011 (rec. 1565/2007), respecto a la aplicación de la normativa reguladora del consentimiento informado y consecuencias derivadas de los riesgos consentidos.

En la sentencia 758/2005, de 21 de octubre, se estima el recurso y se condena, dado que no se había advertido, en el caso de una intervención de cirugía estética, la posibilidad de que se sufriera una cicatriz queloide.

En la sentencia, 2/2009, de 21 de enero, se desestima la demanda, dado que medió consentimiento informado, no se apreció negligencia en la actuación médica, siendo el resultado producido un riesgo típico de la intervención.

En la sentencia 567/2010, de 22 de septiembre, se absuelve, puesto que existió consentimiento informado, aunque no viniera amparado por la firma de la paciente: "La prestación sanitaria por el anestesista se ejecutó en cumplimiento de una obligación de medios, no de resultado, y el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia, razón por la cual no es posible prescindir del elemento subjetivo de culpa causalmente vinculado al daño para imputar responsabilidad en la prestación asistencial". En esta resolución se descarta, también, la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.

La sentencia 1/2011, de 20 de enero, desestima el recurso de casación dado que: "En el caso, la información se proporcionó a la paciente de una forma escrita y suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria -mastopexia-), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética". Igualmente descarta la aplicación del daño desproporcionado.



En el desarrollo de su recurso, la demandada señala que no se incumplió la *lex artis ad hoc*, que la demandante fue debidamente informada de la intervención, que se le iba a practicar, así como de sus riesgos con sujeción al protocolo de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Se argumentó que, además, con la misma información, ya había sido intervenida previamente en marzo de 2006. Incluso que, en el informe de evaluación, se hace constar "mejoría, puede que solo necesite rectificar las areolas". En definitiva, se concluye que la paciente resultó correctamente informada de los riesgos que podían derivarse de cualquiera de las intervenciones quirúrgicas contratadas y no cabe apreciar ninguna infracción a la *lex artis*, conforme a la jurisprudencia recogida.

La parte recurrida se opone a este motivo de casación, bajo la alegación que hace supuesto de la cuestión, dado que la sentencia de la Audiencia respeta los hechos determinados por el juzgado de primera instancia, por cuanto no contradice, ni fija otros distintos; por consiguiente, se debe considerar que no hubo explicación verbal y detallada de los riesgos que podrían derivarse de la intervención, más bien lo contrario porque se le garantizó el resultado, y la recurrente no tenía constancia de haber suscrito el consentimiento informado.

Como señalan las sentencias 484/2018, de 11 de septiembre y 2/2019, de 8 de enero:

"Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)".

Y, por su parte, la sentencia 5/2009, de 14 de enero, precisa que:

"[...] ha reiterado esta Sala en innumerables Sentencias, -entre otras, de 22 de marzo y 3 de julio de 2006, de 9, 27 de mayo, y 21 de diciembre de 2007, y de 22 de enero de 2008-, que no puede fundamentarse un recurso de casación en la comparación argumental entre los razonamientos de la sentencia de primer instancia y los de la sentencia de apelación [...] pronunciándose en el mismo sentido la sentencia de 3 de julio de 2006, citada en la de 22 de enero de 2008: "la resolución recurrida en casación es la de apelación sin que quepa fundamentar su impugnación a través de un juicio comparativo con la de primera instancia, por lo que las únicas apreciaciones de interés, cuando son disconformes, son las de la sentencia de la Audiencia".

Pues bien, en este caso, la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, no fundamenta la desestimación del recurso de apelación interpuesto en defectos en el consentimiento informado, que no aprecia, ni refleja en su motivación. Es más, considera que la demandante fue debidamente ilustrada de los riesgos de la primera intervención, que son los mismos de la segunda operación realizada. Tampoco deja constancia de que acepte los fundamentos de derecho del juzgado, lejos de ello, cuando los comparte, lo señala expresamente. Considera que hubo negligencia mediante la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, a la que no se refiere ni alude al juzgado en su fundamentación, y que los resultados no son en absoluto aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, no presidida por la necesidad y el fin curativo, sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo; lo que constituye un concreto extremo en el que sí se señala que "en este orden de cosas, la Sala coincide con las apreciaciones del Juzgado". No cabe pues rescatar argumentos, no aceptados por la sentencia de la Audiencia, que no construye el fallo condenatorio sobre defectos en el consentimiento informado.

2.2 Sobre el consentimiento informado

Durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas.

No obstante, frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente, concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen.

Desde esta perspectiva, se produce un cambio radical en el rol de las relaciones médico - paciente, limitándose aquél a informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas de tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su consentimiento expreso e informado, salvo



situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase.

Como explica la sentencia 101/2011, de 4 de marzo: "La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses".

Únicamente cuando el enfermo, con una información suficiente y una capacidad de comprensión adecuada, adopta libremente una decisión con respecto a una actuación médica, se puede concluir que quiere el tratamiento que se le va a dispensar. En este sentido, la sentencia 784/2003, de 23 de julio, señala que: "la información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica".

En este sentido, la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que el art. 15 CE comprende: "decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal [...] Ahora bien para que esta facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento". En definitiva, la privación de información equivale a la privación del derecho a consentir.

Especial importancia adquiere en el contexto europeo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el uno de enero de 2000, que pretende armonizar las distintas legislaciones europeas sobre la materia, y que se asienta en tres pilares fundamentales: a) el derecho de información del paciente; b) el consentimiento informado y c) la intimidad de la información.

Con evidente inspiración en este Convenio y con antecedente normativo en la Ley General de Sanidad de 1986, se dictó la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La mentada Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1. 1ª y 16ª de la Constitución, por lo que el Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de dicha norma.

Pues bien, en este caso, se consideran infringidos por su indebida aplicación los arts. 8 y 10 de la precitada ley 41/2002, de 14 de noviembre. El primero de los mentados preceptos proclama que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Dicho consentimiento se prestará por escrito en el caso de las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El segundo de los precitados preceptos, impone la obligación al facultativo de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica, entre otros extremos sobre: "b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) las contraindicaciones".

2.3 El consentimiento informado en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva

La diferencia existente entre la denominada medicina voluntaria o satisfactiva y la necesaria o terapéutica, tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la prestación de la *lex artis ad hoc*, de obtener el consentimiento informado de sus pacientes.

En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético, controlar la natalidad, colocar dispositivos anticonceptivos, llevar a efecto tratamientos odontológicos o realizar implantes capilares entre otras manifestaciones, en contraste con los casos de la medicina necesaria, asistencial o terapéutica, en los que se actúa sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud, todo ello con las miras puestas en evitar que prevalezcan intereses crematísticos a través de un proceso de magnificación de las expectativas y banalización de los riesgos, que toda intervención invasiva genera.

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.

O dicho en palabras de la sentencia 250/2016, de 13 de abril:

"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 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, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, 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 ...".

En definitiva, se exige un mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los supuestos de medicina voluntaria por las razones expuestas (sentencias 583/2010, de 27 de septiembre; 1/2011, de 20 de enero; 330/2015, de 17 de junio y 89/2017, de 15 de febrero).

TERCERO.- Estimación del primer motivo del recurso de casación y asunción de la instancia

3.1.- La materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia

Pues bien, en este caso, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices conforman riesgos típicos de la intervención, que figuran expresamente descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante y que, además, ya habían sido advertidos previamente en la anterior operación, que se le había practicado, como así figura en la sentencia de la Audiencia; por lo tanto, sí son conocidos y asumidos, su imputación jurídica al médico tratante sólo es posible si se hubiera apreciado una mala praxis en la ejecución de la técnica quirúrgica.

En el informe médico aportado con la demanda no consta ni se describe deficiencia alguna en la prestación de la técnica quirúrgica dispensada, que pudiera implicar una falta de diligencia por parte del cirujano actuante, cuya cualificación profesional tampoco fue cuestionada, simplemente constata un resultado de asimetría y cicatrices.

En las circunstancias expuestas, la materialización de un riesgo típico de una intervención quirúrgica debidamente informado, que fue asumido consciente y voluntariamente por la actora, a la cual no se le garantizó el resultado, no es fuente de responsabilidad civil.

En el caso de la sentencia 1/2011, de 20 de enero, en un supuesto que guarda cierta identidad con el que nos ocupa, se desestimó la demanda, toda vez que se proporcionó a la paciente información suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria -mastopexia-), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética.

En definitiva, como concluye la sentencia 250/2016, de 13 de abril:

"La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala".

3.2.- La obligación de los facultativos tanto en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, como en la necesaria o curativa, es de medios y no de resultados

Esta sala se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 544/2007, de 23 de mayo; 534/2009, de 30 de junio, 778/2009, de 20 de noviembre, 20/11/2008 y 517/2013, de 19 de julio, 18/2015, de 3 de febrero); pues, en ambos casos, el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados.

En el sentido expuesto, nos hemos pronunciado, entre otras, en la sentencia 250/2016, de 13 de abril, en la que expresamente advertimos:

"[...] Una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso.



La sentencia de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)".

3.3 No es daño desproporcionado el previamente advertido y que constituye riesgo típico de la intervención practicada, sin perjuicio de la responsabilidad del médico si incurrió en mala praxis debidamente constatada

En la sentencia 240/2016, de 12 de abril, señalamos con respecto a la doctrina del daño desproporcionado que:

"[...] la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan).

Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre 2007; 30 de junio 2009; 28 de junio 2013)".

En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia 698/2016, de 24 de noviembre, en los términos siguientes:

"El daño desproporcionado - STS de 19 de julio de 2013- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el onus probandi "de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/2005; 27 de diciembre 2011, rec. num. 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico", "sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)" (STS 23 de octubre de 2008, rec. num. 870/2003)".

No puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas.

No nos hallamos ante un resultado excepcionalmente anómalo o clamoroso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica dispensada, que evidencie, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado (*res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que practicó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita.



Esta sala, al asumir la instancia, procedió a examinar las fotos obrantes en autos, y bajo concepto alguno puede deducir constituyan una constatación gráfica de un resultado clamoroso, que hiera los sentidos, sino que acreditan una cierta asimetría o el reflejo de unas cicatrices tolerables, no descaradamente llamativas o que resulten ostensiblemente peyorativas.

La estimación del primero de los motivos de casación determina que devenga innecesario entrar en el examen de los otros dos motivos formulados, máxime además cuando son necesariamente tratados, al acogerse el primer ellos y asumir la instancia, con obligación y posibilidad de valorar lo actuado.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y a la absolución de la entidad demandada.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación trae consigo que no se haga especial condena en costas (art. 398 LEC).

La estimación del recurso de apelación conlleva a que tampoco se haga especial pronunciamiento en costas (art. 398 LEC).

La desestimación de la demanda implica la condena en costas de primera instancia a la parte actora por preceptiva aplicación del art. 394 LEC.

Con respecto a los depósitos constituidos para recurrir procede, por aplicación del régimen jurídico de la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8 LOPJ, a su devolución a la demandada recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 15 de mayo de 2018, dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación n.º 868/2017, sin imposición de las costas correspondientes y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.º- Casar la referida sentencia, y, con estimación del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alicante, de 4 de septiembre de 2017, y desestimamos la demanda, con imposición de las costas de primera instancia a la actora, y sin hacer especial condena sobre las devengadas en apelación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.