

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE RESPONSABILIDAD  
MÉDICA: COMENTARIO A LA STS 828/2021, DE 30 DE  
NOVIEMBRE (UN CASO DE CIRUGÍA ESTÉTICA)

*JURISPRUDENTIAL DEVELOPMENTS ON MEDICAL LIABILITY:  
COMMENTARY ON STS 828/2021, 30 NOVEMBER (A CASE OF  
COSMETIC SURGERY)*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 518-535*

Javier  
BADENAS  
BOLDÓ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** Desde hace varias décadas, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han referido a la cirugía estética como una forma de ejercicio de la llamada "medicina satisfactiva". Durante bastante tiempo, esta denominación tuvo un sentido práctico muy acusado que permitió establecer un doble rasero a la hora de valorar culpabilísticamente los actos médicos. Más riguroso para la medicina satisfactiva que para su contrapunto, la llamada medicina "asistencial" o "curativa". A la medicina asistencial se le solía anejar una obligación de medios por parte del facultativo, mientras que a la satisfactiva una obligación de resultado, respecto del mismo sujeto. A la medicina asistencial se la equiparaba con el contrato de servicios, mientras que a la satisfactiva con el arrendamiento de obra. A la medicina asistencial se le aparejaba un concepto de necesidad o enfermedad, mientras que a la satisfactiva el de capricho y negocio crematístico. Actualmente, la distinción quizá ya no tenga sentido mantenerla ni siquiera a los efectos retóricos o dialécticos; pues, desde el punto de vista técnico-jurídico, carece de razón de ser. Así lo pone de manifiesto la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 828/2021, de 30 de noviembre, al resolver un recurso de casación interpuesto contra una resolución de la Audiencia Provincial de Alicante, relacionada con una intervención de cirugía estética consistente en la colocación de unos implantes mamarios. Según la sentencia que se comenta, toda obligación derivada de los actos médicos, tanto en la cirugía estética como en la medicina curativa es una obligación de medios. La relativamente reciente doctrina del "daño desproporcionado", que ha servido para fundamentar la condena de algunos médicos cuando no estaba claro el origen del daño sufrido por su paciente, no se puede aplicar para estimar las demandas contra los facultativos cuando el citado daño hubiese sido previsto y tenga una explicación técnica o científica. Máxime, si tal daño había sido "aceptado", como posible, por el paciente en el consentimiento informado firmado antes de la intervención quirúrgica. Se puede decir que en la evolución de jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la responsabilidad médica se pueden distinguir tres épocas: una primera clásica que discurrió hasta finales del siglo XX; una segunda más severa y proteccionista del paciente, durante la última década del siglo XX y los primeros lustros del siglo XXI; y una tercera que se inició hace unos años, en la que se retomaron posiciones con fundamento clásico, pero arropadas con argumentaciones modernas.

**PALABRAS CLAVE:** Cirugía estética; Jurisprudencia; Obligación de medios; obligación de resultados; Medicina Voluntaria; Medicina Necesaria; Consentimiento informado; daño desproporcionado.

**ABSTRACT:** For several decades, both doctrine and jurisprudence have referred to cosmetic surgery as a form of the practice of what is known as "satisfying medicine". For a long time, this denomination had a very pronounced practical sense that allowed a double standard to be established when it came to assessing medical acts culpably. This was more rigorous for "curative medicine" than for its counterpart, the so-called "care" or "curative" medicine. Welfare medicine used to be subject to an obligation of means on the part of the physician, whereas the obligation of result on the part of the patient in the case of curative medicine used to be subject to an obligation of result on the part of the same subject. Welfare medicine was equated with a contract for services, while the contract of performance was equated with a contract for the lease of work. The concept of need or illness was attached to the medical care, while the concept of whimsy and chrematistic business was attached to the medical care. Nowadays, it may no longer make sense to maintain this distinction, even for rhetorical or dialectical purposes, because, from a technical-legal point of view, it has no *raison d'être*. This is made clear by the First Chamber of the Supreme Court in its judgment 828/2021, of 30 November, in its ruling on an appeal in cassation against a decision of the Provincial Court of Alicante, in relation to a cosmetic surgery operation consisting of the insertion of breast implants. According to the judgement under discussion, any obligation arising from medical acts, both in cosmetic surgery and in curative medicine, is an obligation of means. The relatively recent doctrine of "disproportionate damage", which has served as a basis for the conviction of some doctors when the origin of the damage suffered by their patient was not clear, cannot be applied to uphold claims against doctors when the damage was foreseen and has a technical or scientific explanation. All the more so if such harm had been "accepted" as possible by the patient in the informed consent signed prior to the surgical intervention. It can be said that in the evolution of the Supreme Court's jurisprudence on medical liability, three periods can be distinguished: a first classical period that lasted until the end of the 20th century; a second, more severe and patient protectionist, during the last decade of the 20th century and the first few years of the 21st century; and a third that began a few years ago, in which positions with classical foundations, but with modern arguments, have been taken up again.

**KEY WORDS:** Cosmetic surgery; Jurisprudence; Obligation of means; obligation of results; Voluntary Medicine; Necessary Medicine; Informed consent; disproportionate damage.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ETAPAS JURISPRUDENCIALES. III.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.- IV. COMENTARIO DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021. - V. CONCLUSIÓN.**

---

## **I. INTRODUCCIÓN.**

La exposición que viene a continuación contiene tres partes. En la primera aludo a la evolución histórica de nuestra jurisprudencia en materia de responsabilidad civil médica, con especial atención a la relativa a la cirugía estética. En la segunda, al consentimiento informado y al deber de información que el médico debe proporcionar al paciente, como un elemento destacado de la relación. En la tercera, me centro en el comentario de la STS de 30 de noviembre de 2021. Y, finalmente, resumo algunas breves conclusiones que tienen que ver con la valoración de la evolución jurisprudencial, a que antes me he referido, con una cierta crítica dogmática respecto de tal evolución.

## **II. ETAPAS JURISPRUDENCIALES.**

En un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad médica sería posible distinguir, al menos, tres etapas.

- La primera comprendería la práctica totalidad del siglo XX, con exclusión de la última década del citado siglo.
- La segunda desde la última década del siglo XX hasta el año 2005.
- La tercera, desde el año 2005 hasta la actualidad.

Mi intención no es hacer un repaso exhaustivo de todas las resoluciones producidas por el Alto Tribunal durante cada uno de tales periodos, sino, únicamente, dar algunos detalles sobre los principios aplicados mayoritariamente por la doctrina del Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar las normas sobre responsabilidad civil profesional en cada momento<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Se ha llevado a cabo el estudio de dicha evolución por numerosa Doctrina, destacando, MONTALVO REBUERTA, P.: Análisis de la postura de nuestros Tribunales antes los pleitos relacionados con la cirugía plástica y estética, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013. Vid. también en este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas, *Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi*, 2015.

### **• Javier Badenas Boldó**

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad Jaume I.  
badenasj@uji.es

La primera etapa, que llega, como decía más arriba, aproximadamente hasta la última década del siglo XX, podría ser calificada como un periodo *clásico*, en el que la jurisprudencia hizo aplicación de los principios y categorías tradicionales de nuestro Derecho civil, en materia de responsabilidad civil<sup>2</sup>.

En casi todas las sentencias que tienen que ver con la materia, el Tribunal Supremo define la relación médico-paciente como un arrendamiento de servicios, en el que el facultativo asume únicamente una obligación de medios o de mera actividad y en la que la carga de la prueba, respecto de la demostración de la culpa o negligencia del facultativo, recae sobre la parte demandante, es decir, sobre el paciente.

Por ser categorías sobradamente conocidas<sup>3</sup>, mi comentario va a ser meramente ilustrativo sobre cada una de ellas.

Respecto de lo que significa el arrendamiento de servicios es forzoso referirse a la clasificación, hasta cierto punto trasnochada<sup>4</sup>, que todavía contiene el art. 1544 del Código civil, cuando señala que "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". Este precepto, como se puede apreciar, alude a dos tipos de arrendamiento, al de obra y al de servicios. Que actualmente la doctrina distingue entre contrato de obra y de servicios, respectivamente. El que ahora nos interesa, respecto de la primera etapa clásica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estoy comentando, es el segundo, el contrato de servicios, al que más adelante aludiré.

El criterio diferenciador entre un contrato y otro ha sido puesto de manifiesto por la doctrina del tribunal de casación civil en muchas sentencias muy conocidas, motivo por el cual sólo citaré algunas de las más relevantes: SSTS de 6 de junio de 1983<sup>5</sup>; 4 de julio de 1984<sup>6</sup>; 27 de octubre de 1986<sup>7</sup>; 12 de diciembre de 1988<sup>8</sup>; 7 de febrero de 1995<sup>9</sup>; 30 de enero de 1997<sup>10</sup>; 13 de marzo de 1997<sup>11</sup>; 28 de enero de

2 LLAMAS POMBO, E.: La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos, *Trivium*, Madrid, 1988.

3 Vid. JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.

4 BERCOVITZ, R. (coordinador): Comentarios al Código civil, 2ª edición, *Thomson-Aranzadi*, 2006, p. 1831.

5 RJ 1983, 3291.

6 RJ 1984, 5547.

7 RJ 1986, 5960.

8 RJ 1988, 9430.

9 RJ 1995, 745.

10 RJ 1997, 845

11 RJ 1997, 1934.

1998<sup>12</sup>; 25 de mayo de 1988<sup>13</sup>; 14 de abril de 1999<sup>14</sup>; 28 de junio de 1999<sup>15</sup>; 10 de abril de 2001; 30 de diciembre de 2004 y 10 de junio de 2008.

En todas estas sentencias se pone de manifiesto que lo que distingue básicamente la relación de obra de la de servicios es el tipo de obligación que asume el deudor que no está obligado a pagar el precio cierto. Circunstancia que, como veremos después, reviste mucha importancia en materia de responsabilidad médica. En el caso del contrato de obra, la obligación asumida por el deudor es de resultado, mientras que en el de servicios es de mera actividad. En el primer caso, el deudor sólo puede quedar liberado de su obligación entregando exactamente la cosa en que consista el objeto del contrato (art. 1261, 2º CC); en el segundo, con realizar su prestación (art. 1088, en relación con el art. 1271, 3 CC) poniendo la diligencia de un buen padre de familia (análogamente, arts. 1555, 2º y 1903 CC); es decir, sin incurrir en la responsabilidad que establece el art. 1101 CC.

Respecto de la obligación de medios o de mera actividad, acabo de señalar que consiste en realizar la actividad que consista en el servicio médico pactado entre las partes en el contrato, sin que sea necesario que se produzca ningún resultado concreto; pues en el caso de los servicios médicos, como regla general, tal resultado no es completamente asegurable. Como afirma la doctrina en diversos lugares, “el médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso (personas, tiempo y lugar). Conforme a una doctrina jurisprudencial y científica muy consolidada, como señalaré después, la obligación de medios del facultativo consiste en desarrollar su actividad conforme a la *lex artis* de su profesión. Este criterio básico se ha mantenido en la jurisprudencia del Supremo a lo largo de todas las épocas, aunque con matices.

Por último, la referencia a la carga de la prueba correspondiente al demandante venía a coincidir con la regla contenida en el art. 1214 de la primera edición del Código civil, cuando establecía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”<sup>16</sup>. Regla clásica que posteriormente pasó a las leyes adjetivas, actualmente mantenida en el art. 217, 2 LEC, aunque ampliada al demandado reconviniendo.

Conforme a diversas sentencias del Tribunal Supremo, el principio contenido en el viejo art. 1214 del Código civil se mantiene en la ley procesal vigente, a pesar de que su redacción, como hemos visto, no sea literalmente la misma, de

---

12 RJ 1988, 357.

13 RJ 1998, 3999.

14 RJ 1999, 2611.

15 RJ 1999, 4894.

16 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Reus, Madrid, 1984, p. 360.

manera que “la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor” (entre otras, STS de 17 de octubre de 1981). Más recientemente, la STS de 13 de mayo de 2016 (ponente Excmo. Sr. Pantaleón Prieto), recalca que “sólo se produce la infracción de las normas que regulan la carga de la prueba si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de la prueba a la parte que no le correspondía su carga, según las reglas aplicables para su atribución a una u otra de las partes, establecidas en los distintos apartados del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil y desarrolladas por la jurisprudencia”. No obstante, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina procesal reciente, si bien las reglas generales de la carga de la prueba siguen siendo las mismas (como decía antes) que desde hace décadas, de acuerdo con el llamado “principio de disponibilidad y facilidad probatoria” resulta que si una de las partes, con independencia de su posición procesal de actor o de demandado, tiene una mayor facilidad de acceso a determinada prueba, corresponderá a tal parte acreditar los hechos correspondientes. Sin embargo, respecto del período jurisprudencial que ahora estoy comentando, se podría decir que el criterio clásico del *onus probandi* relativo a los hechos de la demanda incumbente al actor se mantuvo constante, sin excepción, hasta finales del siglo XX.

La segunda etapa discurriría desde mediados de la última década del siglo XX hasta el año 2005, aproximadamente. Podría decirse que se trata de un periodo revolucionario y de transición en materia de responsabilidad médica, en cuanto que durante el mismo cambiaron algunos parámetros jurisprudenciales que hasta entonces se consideraban vigentes<sup>17</sup>.

Merece la pena recordar que no muchos años antes fue promulgada la primera ley sobre protección consumidores en España, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que en el año 1994 también fue aprobada una norma que asimismo revolucionó, de alguna manera nuestro sistema de responsabilidad civil, me refiero a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (correspondiente a la incorporación al Derecho español de una norma europea sobre la misma materia, la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985).

Bajo estas premisas se dictó la STS de 25 de abril de 1994, en la que se enjuició un caso relacionado con una vasectomía practicada a un empleado del ayuntamiento de Badajoz. En tal sentencia, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada, se establece por primera vez la distinción entre dos

<sup>17</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M.: “La responsabilidad civil profesional (y médico-sanitaria en particular) al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Revista Derecho y Salud*, núm. I, vol. 9, enero-junio 2001, pp. 35-50.

tipos de ejercicio de la medicina, a saber: a) la medicina asistencial o general y b) la medicina voluntaria o satisfactiva<sup>18</sup>.

La medicina asistencial mantenía, según la nueva línea jurisprudencial, las mismas características que el Tribunal Supremo había establecido para calificar la relación médico-paciente: contrato de servicios, obligación de medios o mera actividad, carga de la prueba correspondiente al actor y obligación de cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Sin embargo, respecto de la medicina llamada voluntaria o satisfactiva, las reglas eran inversas a las acabadas de citar: al paciente no se le consideraba un enfermo, sino un cliente o consumidor; el contrato entre las partes es de obra y no de servicios; la obligación del médico es de resultado; inversión de la prueba que obliga al facultativo a demostrar que no había habido culpa o negligencia por su parte, no siendo suficiente con demostrar que la intervención se había realizado de acuerdo con la *lex artis ad hoc* y finalmente un deber de informar al paciente-cliente de carácter más gravoso. Es decir, no era suficiente con facilitar la información ordinaria propia de cualquier acto médico general.

En el fallo de esta sentencia se confirma aquel por el cual fue condenado el facultativo, un urólogo, durante la segunda instancia; pero la *ratio decidendi* de sus fundamentos de Derecho establece que la causa de la condena no es una mala praxis profesional ni el incumplimiento del resultado pactado entre las partes (la esterilización del paciente), sino un defecto de información por parte del facultativo que omitió la circunstancia de que la vasectomía no produce una esterilización inmediata del sujeto, sino que esta tiene lugar después de varias eyaculaciones, tras la intervención. Como quiera que el empleado del ayuntamiento de Badajoz mantuvo relaciones sexuales con su mujer, sin uso de preservativo (creyendo que ya era estéril), quedando la esposa embarazada, contra el deseo del matrimonio, el tribunal condena al urólogo a indemnizar al demandante.

La tercera etapa comienza en el año 2005, concretamente mediante la STS de 21 de octubre de 2005. El caso examinado tuvo que ver con una intervención de cirugía estética por la que se pretendían hacer desaparecer unas cicatrices puntiformes que presentaba la paciente en la región peribucal y el mentón, provenientes de una depilación eléctrica. A pesar de ser un caso de los que durante la etapa anterior hubiera sido calificado como cirugía voluntaria o satisfactiva, porque la demandante no padecía realmente una enfermedad y lo que buscaba era un resultado estético (quitar las cicatrices de su cara), la Sala 1ª del Tribunal Supremo descartó que hubiera habido un aseguramiento del resultado. Concretamente, en los fundamentos jurídicos de la sentencia puede leerse: "hay

---

18 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *La responsabilidad*, cit, pp. 10 y ss.

una aproximación al régimen jurídico del arrendamiento de obra o que se trata de una figura intermedia entre éste y el arrendamiento de servicios, porque en cualquier caso, habrá de valorarse la existencia de los elementos de causalidad y culpabilidad". De manera que el Supremo empezó a matizar los criterios que había seguido durante la década anterior<sup>19</sup>.

No obstante, se produjo la condena del cirujano, aunque no se sustentó en el incumplimiento de una obligación de resultado, sino en un motivo diferente, sobre el que más adelante incidiré: la falta de un adecuado consentimiento informado por parte de la paciente.

A modo incidental, conviene reproducir un interesante párrafo de la STS de 18 de diciembre de 2006: "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". En el mismo sentido se manifiesta quien fuera Presidente del Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, el catedrático de Odontología, Alfonso Villa Vigil, cuando sostiene que "dejando a un lado los casos puntuales de algún facultativo irresponsable (...) o que hubiera convenido, mediante el anuncio u ofrecimiento de pseudo-garantías prometedoras o equívocas (cuando no francamente engañosas) una obligación de obtener resultados seguros, lo cierto es que en el mundo de las llamadas Ciencias de la Salud las respuestas a cualquier tipo de causa, estímulo o acción y la relaciones entre variables, todas, no son sino de naturaleza probabilística o estocástica. Obedecen a la ley de los grandes números, donde se cumplen relaciones matemáticas predecibles para los conjuntos de hechos, pero no para los hechos aislados". De manera que lo que se observa en la nueva línea jurisprudencial es una tendencia más lenitiva para los médicos que practican especialidades relacionadas con la medicina estética o satisfactiva que la mantenida durante el periodo anterior, en el que la dureza de los criterios empleados contra tales facultativos era mayor y, a veces, próxima a la responsabilidad objetiva.

De modo que, de acuerdo con esta tercera línea jurisprudencial, parece concluirse que la obligación del cirujano estético que haya informado correcta y exhaustivamente a su paciente podría ser calificada como una obligación de medios acentuada, reforzada o cualificada en base a la rigurosa información que le es exigida, sin perjuicio de que en aquellos casos en los que haya habido un aseguramiento del resultado la obligación pueda calificarse también de resultado y la relación como contrato de obra.

---

<sup>19</sup> Otras sentencias que podrían aducirse a este respecto serían: STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 583), SSTS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460) y 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138), STS 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778) y STS de 28 de junio de 2013 (RJ 2013, 4986).

Por consiguiente, la condena del facultativo podría venir por dos vías: a) por haber asegurado un resultado, o b) por una información inadecuada en el caso concreto (asunto relacionado como veremos a continuación, con el consentimiento informado). Pero no por el tipo de acto quirúrgico o médico realizado.

### III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Hay quien entiende que el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento integrante de la *lex artis* a la que antes me he referido<sup>20</sup>. Así lo consideran igualmente diversas resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tales como las sentencias de 4 de abril de 2000, 26 de noviembre de 2004, 9 de mayo y 20 de diciembre de 2005, entre otras.

De manera que cuando no se cumple --o se hace de forma defectuosa-- puede acarrear la responsabilidad del facultativo obligado a ofrecerlo o prestarlo a su paciente.

Tradicionalmente, el contrato de servicios entre el médico y su paciente fue un contrato verbal que no necesitaba su plasmación por escrito, salvo en situaciones muy concretas. Se trataba --y todavía lo es-- de una relación de confianza muy particular, precisamente porque el “material” sobre el que ha de prestar sus servicios el profesional es el cuerpo del propio paciente o contratista. Tras la incorporación del consentimiento informado al acervo de obligaciones del facultativo, la naturaleza del contrato de servicios médicos no ha dejado de ser consensual. No requiere de ninguna forma determinada. Sin embargo, debido a que en muchos casos el paciente ha de prestar su consentimiento informado en un documento, en la práctica resulta que se ha convertido en un contrato que suele revestir la forma escrita. No es un contrato solemne; pues, en mi opinión, tal forma es más *ad probationem* que *ad solemnitatem* (que es la que se requeriría, en su caso, conforme al art. 1279 CC). *Ad probationem* no tanto de la celebración del contrato, sino del contenido de las obligaciones (especialmente del médico) que se derivan del mismo y obviamente del consentimiento prestado por el paciente (por eso se llama “consentimiento informado”)<sup>21</sup>.

Algunos autores, quizá con algo de exageración, cuando aluden al consentimiento informado, señalan que constituye una especie de “derecho humano” del paciente, por afectar a su libertad personal y a la auto-disposición

20 GALÁN CORTÉS, C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Cívitas, Madrid, 2001.

21 RIBOT IGUALADA, J.: “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 91, 2007, pp. 29 y ss. Vid también. BARCELÓ DOMENECH, J.: “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

sobre su cuerpo<sup>22</sup>. Desde una perspectiva civilista no parece necesario llegar a tal alta calificación, más teórica que práctica, pues no redundaría en ningún derecho de amparo, por sí misma, y sí implica, como ya he señalado, la posible responsabilidad del facultativo cuando la incumple o lo hace de manera deficiente.

Acaso haya contribuido a tal grandilocuencia la STS de 12 de enero de 2001, cuando señala que “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada por la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”<sup>23</sup>. Sea como fuera, sus consecuencias prácticas son las que ya conocemos y vamos a seguir viendo a continuación.

El art. 3 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente, lo define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”. La STS de 29 de julio de 2008 estableció cómo debía ser esa información adecuada: “el requisito de completitud de la información exigido por el art. 10,5 LGS no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias”. La STS de 29 de mayo de 2003 estableció que, aunque el consentimiento informado normalmente deberá constar por escrito, la información puede ser verbal. En caso de que así sea, se deberá dejar constancia de tal información en la historia clínica del paciente.

Según el art. 8.2 de la citada Ley 41/2002, el consentimiento informado podrá ser verbal, pero se deberá prestar por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores o cualquier procedimiento que suponga riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión sobre la salud del paciente. Lo cual conlleva a que salvo en casos relacionados con meros reconocimientos o valoraciones, los restantes actos médicos requerirán, casi como norma general, consentimiento informado escrito.

Como es lógico, el consentimiento informado es un acto revocable. De la misma manera que el consentimiento se debe prestar antes del acto médico, también su revocación deberá ser anterior. De lo contrario tanto el consentimiento como la revocación carecerán de validez.

22 ROVIRA, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico (una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson-Civitas, 2007, pp. 108 a 116.

23 Precisamente, en la sentencia objeto de este comentario puede leerse lo siguiente: “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”.

La doctrina sostiene que, conforme a su naturaleza, al médico corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado de su paciente, y como es lógico, no libera de responsabilidad al facultativo por los riesgos derivados de una actuación inadecuada<sup>24</sup>.

A parte de la legislación estatal sobre autonomía del paciente, que constituye el Derecho básico, debe tenerse en cuenta la regulación sobre la materia hecha por las Comunidades Autónomas. Como la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, que respecto del tema del consentimiento informado se remite a la ley estatal, como es lógico<sup>25</sup>.

#### IV. COMENTARIO DE LA STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021.

Los antecedentes de hecho más relevantes se encuentran referidos en el fundamento de Derecho primero de la sentencia objeto de este comentario. No obstante, para facilitar su acceso al lector, los voy a resumir a continuación:

A la actora se le practicó, en marzo de 2006, una intervención quirúrgica de aumento de senos, mediante la implantación de dos prótesis, en una clínica de la sociedad demandada. Una sociedad que, en la actualidad, hace alarde de tener de más de 120 repartidas por Europa, según la publicidad que se puede consultar con gran facilidad en internet. Lo cual demuestra que no se trataba de una clínica cualquiera.

Tales prótesis tuvieron que ser sustituidas por deficiencias de fabricación posteriormente descubiertas (además de una ptosis o descolgamiento de grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha).

La segunda intervención se realizó en la misma clínica que la primera, pero en febrero de 2011, en la que se procedió a la sustitución de las prótesis y a la práctica de una mastopexia. Tras la operación, actora seguía presentando asimetría mamaria con cicatrización no estética en ambos senos.

La demandante, días antes de la segunda intervención, había firmado el consentimiento informado que exige la ley para este tipo de actos médicos, en el que se advertía de los riesgos de la operación quirúrgica.

24 GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica, tercera edición*, Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 495. Véase también en este sentido, ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Dykinson, Madrid, 2021.

25 Concretamente en el Art. 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. Ver en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-1239-consolidado.pdf>

Concretamente, en el citado consentimiento informado se advertía de la posibilidad de que tras la intervención quedasen cicatrices anormales, tanto en la piel como en los tejidos profundos, pudiendo necesitarse “tratamientos adicionales, incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal”. También se señalaba 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” y que “los riesgos citados (en el propio documento) están particularmente asociados con la mastopexia (...), la práctica de la medicina y la cirugía no es una ciencia exacta... y no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse”<sup>26</sup>.

El asunto del consentimiento informado de la paciente es de los que más espacio ocupa en la argumentación del tribunal, lo cual da idea de la importancia que tiene respecto de la determinación de la responsabilidad del facultativo, tal y como fue señalado en epígrafes anteriores. Sobre esta cuestión señala literalmente el Supremo en esta sentencia: “durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista (pero), frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente”. Para ello, se remite a la STS de 4 de marzo de 2011, en la que puede leerse: “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 favorable a sus intereses”<sup>27</sup>. Apoyándose en las STC 37/2011, de 28 de marzo, llega a afirmar que “la privación de la información equivale a la privación del derecho a consentir”.

26 Destacamos el Fundamento de Derecho Primero, párrafo tercero, 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 puedan obtenerse”.

27 RJ 2011, 101. En concreto, en el Fundamento de Derecho Tercero se expone que, “La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las Sentencias de 2 de julio de 2002 y 10 de mayo 2006 . 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, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan “consentimiento informado” (STS 8 de sep 2003)”.

Un apartado importante de la fundamentación jurídica de la sentencia se refiere expresamente al “consentimiento informado en los casos de medicina voluntaria o satisfactiva”. En este sentido, la sentencia advierte lo siguiente: “la diferencia existente entre la denominada medicina voluntaria y 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”<sup>28</sup>. Para ello se vuelve a apoyar en la jurisprudencia anterior, concretamente en la STS de 13 de abril de 2016<sup>29</sup>, cuando enuncia que “estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en los 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 a la información prestar su consentimiento”. Sobre el mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los casos de medicina satisfactiva, respecto de la necesaria o asistencial, aporta más jurisprudencia, como la contenida en las SSTs de 27 de septiembre de 2010<sup>30</sup>, de 20 de enero de 2011<sup>31</sup>, y la de 15 de febrero de 2017<sup>32</sup>.

Entrando en otras consideraciones respecto de la eventual responsabilidad civil del facultativo, el Alto Tribunal señala en esta sentencia que estoy comentando: “la materialización de un riesgo típico informado y consentido no es fuente de responsabilidad civil, salvo concurrencia de culpa o negligencia”. Esta es una manera de volver a los parámetros de la jurisprudencia clásica sobre la materia, rompiendo con la línea argumental contenida en las sentencias que se dictaron entre 1994 y 2005, llegando a una conclusión bastante importante: “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”. Para apoyar esta afirmación tan rotunda y rompedora respecto de líneas jurisprudenciales anteriores, cita también otras resoluciones del mismo tribunal: STS de 23 de mayo de 2007, de 30 de junio de 2009 y de 3 de febrero de 2015, entre otras. No aceptar tal idea de que la obligación del médico, en cualquier tipo de medicina, es de medios y no de resultado, sería, según el tribunal, “prescindir de la idea subjetiva

28 En su Fundamento de Derecho Segundo (apartado 2.3) añadiendo que, “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, (...) en contraste con los casos de medicina necesaria, asistencia o terapéutica, en los que 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”.

29 STS 250/2016, de 13 de abril (RJ 2016, 1495) nuevamente introduce otro supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el cual “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 necesidad de la misma, y ello sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005...”

30 RJ 2010, 5155.

31 RJ 2011, 299.

32 RJ 2017, 583.

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". Lo cual demuestra el retorno al sistema clásico de responsabilidad civil que, en materia de responsabilidad médica, se observa en la evolución de nuestra jurisprudencia, a la que antes se ha hecho referencia. Hace quince años hubiera sido difícil adivinar el giro que parece haberse constatado en nuestra jurisprudencia, con independencia del tipo de acto médico de que se trate. Quizá las pólizas de seguro de responsabilidad civil se habían puesto demasiado caras, respecto de cierto tipo de especialidades médicas.

Así pues, cabría preguntarse: ¿sigue siendo útil la distinción entre medicina asistencial y satisfactiva que todavía se manifiesta en la actual jurisprudencia, entre otras, en la sentencia objeto de este comentario? Si las características "responsabilísticas" (sit venia verbo) de ambos tipos de medicina son las mismas, con la salvedad del deber de informar agravado que se refiere a la satisfactiva respecto de la asistencial (a la que antes he aludido), en mi opinión, el mantenimiento de esta clasificación no sería tan útil (o didáctica) como cuando fue construida por el catedrático y magistrado Martínez Calcerrada, en el año 1994.

Finalmente, la fundamentación jurídica de la sentencia entra en un último tema, cuya síntesis podría ser la que se corresponde con la siguiente frase: "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". Según el tribunal, "no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles (sic) cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación".

La definición de daño desproporcionado ya estaba contenida en otra resolución del Tribunal Supremo, como la STS de 19 de julio de 2013, en la cual es definido como aquel daño "no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria". Por tanto, el daño desproporcionado es el que, careciendo de un origen lógico o explicable, es sufrido injustamente por el dañado<sup>33</sup>. Esta doctrina, en mi opinión, se aparta de los parámetros de nuestro sistema de responsabilidad civil tradicional o clásico, por cuanto se aleja de la idea de culpa o negligencia y de la relación de causalidad entre el acto y el resultado lesivo. Y, sobre todo, de su prueba, por cuanto que carga sobre el profesional la de demostrar que no fue, en absoluto responsable del daño producido. El Tribunal, no obstante, temeroso de lo que tal doctrina

33 SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: "El daño desproporcionado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, 2013, pp. 204-258.

jurisprudencial puede suponer, señala en la sentencia objeto de este comentario que “sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médicos”. Se refiere, como es obvio, a la aplicación de la citada doctrina del “daño desproporcionado” a los citados actos médicos.

Respecto del caso que nos ocupa, señala el tribunal que “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 mamas y las cicatrices inestéticas”.

## V. CONCLUSIÓN.

Tras el análisis de la evolución jurisprudencial que parece desprenderse de las resoluciones del Tribunal Supremo español en materia de responsabilidad civil se podría concluir, tal y como fue indicado anteriormente, que en tal jurisprudencia se pueden distinguir tres fases o periodos y que, respecto de tales periodos, sólo durante una década (entre 1994 y 2005) los criterios tradicionales cambiaron relativamente al construirse una distinción relativa a los actos médicos que separaba la medicina asistencial o general de la llamada “satisfactiva”.

Si a la vista de la jurisprudencia actual el único elemento que distingue entre unos y otros actos médicos es el nivel de información que respecto de algunos se debe prestar por parte del facultativo al paciente que, directa o indirectamente deberá formar parte del consentimiento informado, acaso, como se dijo antes, la distinción entre medicina asistencial y satisfactiva haya perdido la mayor parte de su justificación científica.

No obstante, lo que parece claro es que no es posible distinguir entre especialidades médicas generales o asistenciales y “satisfactivas” que, al parecer, empezó a distinguirse a mediados de los años noventa del siglo pasado, sino entre actos médicos concretos o aislados. Cada acto, en función de su naturaleza, tal y como ha sido expuesto a lo largo de este comentario, tendrá su naturaleza médica y jurídica y, por consiguiente, se le aplicarán los criterios propios de nuestro sistema de responsabilidad civil, con el nivel o rigor informativo que ese caso exija, en función de sus circunstancias. Por tanto, más que de especialidades médicas hay que hablar de actos médicos concretos y de un sistema de responsabilidad común, aunque ligeramente matizable en algunos casos.

La jurisprudencia ha vuelto a unificar la responsabilidad civil médica en un solo conjunto, en lugar de los dos que parecía haber construido, de un modo un tanto artificial durante más de una década.

Desde un punto de vista dogmático, parece conveniente aplaudir la reunificación jurisprudencial a que acabo de hacer referencia.

## BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: "Muerte digna, eutanasia y suicidio asistido en España", *Cadernos da Lex Medicinae (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, núm. 4, vol. I, 2019.

BARCELÓ DOMENECH, J.: "Consentimiento informado y responsabilidad médica", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

BERCOVITZ, R (coordinador): *Comentarios al Código civil, 2ª edición*, Thomson-Aranzadi, 2006.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La responsabilidad derivada de la cirugía estética en la jurisprudencia actual (de obligación de resultado a obligación de medios): consideraciones críticas", *Revista de Derecho Patrimonial, Aranzadi*, 2015.

GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica, tercera edición*, Thomson Reuters, Madrid, 2011.

JORDANO FRAGA, F.: "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *Anuario Derecho Civil*, vol. 44, Madrid, 1991.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *El Código civil y sus reformas*, Reus, Madrid, 1984.

LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

MONTALVO REBUERTA, P.: "Análisis de la postura de nuestros Tribunales antes los pleitos relacionados con la cirugía plástica y estética", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: *El consentimiento informado en el ámbito sanitario*, Dykinson, Madrid, 2021.

RIBOT IGUALADA, J.: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, núm. 91, 2007.

ROVIRA, A.: *Autonomía personal y tratamiento médico (una aproximación constitucional al consentimiento informado)*, Thomson-Civitas, 2007.

SÁNCHEZ GARCÍA, M.M.: "El daño desproporcionado", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La responsabilidad civil profesional (y médico-sanitaria en particular) al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", *Derecho y Salud*, núm. 1, vol. 9, enero-junio 2001.