

## EDJ 2009/277264

AP Barcelona, sec. 1ª, S 14-10-2009, nº 418/2009, rec. 206/2008

Pte: Recio Córdova, Antonio Ramón

### Resumen

*La AP estima parcialmente el rec. de apelación revocando la sentencia impugnada en el sentido de condenar a los demandados a pagar solidariamente a la actora el importe fijado, determinado de forma moderada en atención a considerar medio el perjuicio estético derivado de la cicatriz originada con motivo de la intervención de cirugía estética a la que se sometió la actora sin ser debidamente informada de los riesgos de la misma.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad  
art.6 , art.10.5

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### JURISPRUDENCIA

##### DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

##### SUPUESTOS DIVERSOS

###### Errores médicos

###### Causalidad

###### Daño moral

###### Consentimiento informado

###### Culpa o negligencia

###### Responsabilidad de médicos

#### INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

##### Clases

###### Daño emergente

###### En general

###### Determinación y precisión del daño

##### Determinación y cuantificación

###### Importe de la indemnización

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Centro sanitario,Médico,Paciente; Desfavorable a: Centro sanitario,Médico,Paciente

Procedimiento:Apelación, Juicio Ordinario

#### Legislación

Aplica art.6, art.10.5 de Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

Cita Ley 41/2002 de 14 noviembre 2002. Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

Cita art.302.2, art.302.303, art.394.2, art.398.2, art.862, art.863 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 14/1986 de 25 abril 1986. General de Sanidad

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 15 octubre 2008 (J2008/190084)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 24 julio 2008 (J2008/173098)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 19 mayo 2008 (J2008/66873)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 20 febrero 2008 (J2008/56436)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 16 noviembre 2007 (J2007/206026)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 15 noviembre 2006 (J2006/306294)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 10 febrero 2006 (J2006/8422)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 21 diciembre 2005 (J2005/206730)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 21 octubre 2005 (J2005/165831)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 junio 2004 (J2004/62145)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 23 julio 2003 (J2003/80469)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 29 mayo 2003 (J2003/17151)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 12 enero 2001 (J2001/6)

Cita en el mismo sentido sobre RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL - SUPUESTOS DIVERSOS - Errores médicos - Culpa o negligencia - Responsabilidad de médicos STS Sala 1ª de 7 marzo 2000 (J2000/1976)

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 28 junio 1997 (J1997/4831)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 15 enero 1996 (J1996/14)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su parte dispositiva lo siguiente: FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Jordi Fontquerni Bas, en nombre y representación de Noemi contra Fulgencio y CLÍNICA PROFESOR PLANAS S.L., debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos de la demanda, condenando en costas a la parte demandante.

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

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. ANTONIO RECIO CORDOVA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita en su escrito inicial acción indemnizatoria derivada de responsabilidad contractual en reclamación de 47.411,96 euros frente a D. Fulgencio y CLÍNICA PLANAS por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención de reducción mamaria o mamoplastia reductiva a la que se sometió la demandante, Dª Noemi, a principios del año 1998, cuando contaba con 23 años, con la finalidad de obtener un beneficio estético consistente en reducir su talla 110 a la 90, perímetro de busto que ansiaba; y ello por cuanto (i) tras la intervención surgieron complicaciones que no tendrían que haber aparecido según las informaciones que le fueron facilitadas -hematomas en pecho izquierdo que precisaron drenaje-, (ii) en su mama izquierda presentaba una cicatriz desmesurada, que tras ser nuevamente intervenida a efectos de poder reducir su tamaño y al retirarle los puntos de sutura superficiales, le ocasionó un profundo orificio en el pecho que permitía advertir que las capas interiores de la piel del pecho recientemente operado habían adquirido un color negro, procediéndose a extraer la piel muerta de la herida, (iii) a raíz de que la herida no cicatrizaba, la Sra. Noemi acudió al Dr. Pedro, que le prescribió un tratamiento de tres meses con el que la herida finalmente quedó curada, (iv) en mayo de 2004 tuvo que ser reintervenida a causa de una infección en un punto quirúrgico de sutura, y (v) no se consiguió el resultado contratado puesto que la intervención le ha dejado una cicatriz de por vida, así como una asimetría en los senos operados, de modo que, como consecuencia del nefasto aspecto en el que le ha quedado el pecho, ha sufrido y sigue sufriendo graves problemas psicológicos: trastornos depresivos derivados de dificultades en sus relaciones sociales, de pareja, así como en el desarrollo de la vida cotidiana, evitando realizar actividades lúdicas normales tales como ir a la playa, cambiarse de ropa en el gimnasio, e incluso cambiarse de ropa delante de su marido.

En definitiva, reclama en su demanda la total cantidad de 47.411,96 euros, desglosada en los siguientes conceptos:

-Indemnizaciones por incapacidad temporal (3 días con estancia hospitalaria y 90 días sin estancia hospitalaria): 336.956,4 pesetas pesetas -2.025,15 euros-

-Secuelas consistentes en (i) perjuicio estético muy importante -16 puntos-, (ii) síndrome depresivo postraumático -6 puntos, y (iii) excitabilidad y agresividad continuada -12 puntos-: 6.851.131,9 pesetas -41.176,13 euros-

-Reembolso del coste abonado por la intervención de reducción mamaria: 700.599 pesetas -4.210,68 euros-

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, partiendo de que nos encontramos ante una intervención de cirugía estética o reparadora en la que la obligación de medios, característica de la responsabilidad médica, se convierte en una obligación de resultado y de información,

advierde (i) que a la paciente se le informó de la posibilidad de que la intervención, con independencia de la técnica empleada, quedara una cicatriz vertical, que esa cicatriz necesitaba un tiempo de evolución y de la posibilidad de necesitar retoques, así como de la posibilidad de aparecer cicatriz hipertrófica, (ii) que no puede tenerse por probada la existencia de asimetría de las mamas, y, en cuanto a la cicatriz que presenta la paciente, efectivamente consta informada la posibilidad de su aparición en la historia clínica, y (iii) que tampoco resulta probado que como consecuencia de la reducción mamaria padezca en la actualidad síndrome depresivo postraumático y excitabilidad y agresividad continuada; por lo que concluye que la demandada debe ser desestimada, con imposición de costas a la actora.

Frente a tal resolución se alza la parte demandante por los siguientes motivos:

1º Error en cuanto a la falta de apreciación de la negligencia médica dado que no ha habido un cumplimiento preciso del contrato, como exige la jurisprudencia, en tanto se ha visto frustrado el fin por el cual se celebró debiendo, en consecuencia, generarse una indemnización por daños y perjuicios fruto de ese grave incumplimiento en la medida en que la cicatrización defectuosa era un riesgo previsible; invocando igualmente la doctrina del daño desproporcionado.

2º Error en la apreciación de la existencia de un consentimiento informado dado que la paciente no recibió la información sobre las consecuencias que se podrían derivar de la intervención a que fue sometida, cuando la obligación de informar sobre los riesgos de la operación se intensifica de manera significativa cuando nos encontramos ante supuestos, como el presente, de medicina satisfactiva.

3º Error en la valoración de las secuelas dado que de lo actuado resulta debidamente acreditado tanto el perjuicio estético (cicatriz desproporcionada y asimetría en las mamas) como el psicológico.

4º Procedencia de la cuantía indemnizatoria al utilizar como criterio orientativo el baremo para accidentes de circulación.

Los demandados se oponen a la apelación e interesan la confirmación de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la recurrente.

TERCERO.- Planteado el debate en esta alzada en los términos referidos en el numeral anterior, conviene comenzar por recordar, dando así respuesta a la denuncia efectuada por los demandados en su escrito de oposición a la apelación donde imputan a la recurrente hacer "supuesto de la cuestión", que el recurso de apelación previsto en la vigente legislación procesal se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada, es decir, mantiene la segunda instancia en los mismos términos de la anterior legislación, respecto a los que el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en su sentencia 3/1996, de 15 de enero EDJ 1996/14 : "En nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC EDL 2000/77463), como una "revisio prioris instantiae", en la que el Tribunal Superior u órgano "ad quem" tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos ("quaestio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes ("quaestio iuris"), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la "reformatio in peius", y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ("tantum devolutum "quantum" appellatum") (ATC 315/94)."

CUARTO.- Sentado lo anterior, es de observar que, como con acierto se pone de manifiesto en la instancia, nos encontramos ante una intervención de cirugía estética, y, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto esta Sala en anteriores resoluciones (entre otras, SAP, Sección 1ª, Barcelona 20 noviembre 2006), este tipo de intervenciones se incardinan dentro de lo que la doctrina denomina medicina voluntaria, en la que la obligación del médico se acerca extraordinariamente a la obtención de un resultado concreto, de manera que la relación médico-paciente deja de conceptuarse como una relación de servicios para convertirse en un contrato de obra, lo que conlleva que salvo imponderables ajenos a la naturaleza propia de la intervención o a riesgos intrínsecos a la misma o, en general, a supuestos de fuerza mayor, el médico que asume el encargo de realizar una operación de cirugía estética se compromete a un resultado.

Así, en la citada sentencia, ya advertíamos que esta diferente concepción entre la medicina curativa o necesaria, frente a la de carácter voluntario, con la que tan sólo se busca la mejora estética del paciente, tiene importancia trascendental en el reparto de la carga de la prueba, pues en tanto que en la primera es el paciente quien viene obligado a acreditar la mala praxis, (a salvo la dulcificación de tal requisito por razones de facilidad probatoria), en el caso de la cirugía estética, el paciente tiene derecho a obtener un resultado satisfactorio y corre a cargo del facultativo acreditar que el mismo no fue posible por razones ajenas a su voluntad y buen hacer profesional; y citábamos jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo al respecto: "La consideración expuesta se recoge en la sentencia de Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 que cita otras anteriores y en la que refiere que la actuación médica ha de ir encaminada a la obtención del resultado pretendido y que el mismo ha de lograrse salvo supuestos de caso fortuito. En esta misma línea, se pronuncia la sentencia de 28 de junio de 1997 EDJ 1997/4831 al destacar la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue ya que si así no sucediera es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. Criterio que reitera la posterior sentencia de 22 de junio de 2004 EDJ 2004/62145 que cita a su vez, abundante jurisprudencia anterior".

Aplicando la referida doctrina al caso de autos, es de observar que la parte actora precisa en su demanda que la intervención no consiguió el resultado contratado al haber dejado a la Sra. Noemi "una cicatriz de por vida, así como una asimetría en los senos operados"; y siendo pues tales patologías las que se imputan al cirujano demandado, es lo cierto que no cabe apreciar conducta negligente alguna en el mismo por cuanto:

1º Si bien los médicos que han informado en las actuaciones (Dres. Pedro Francisco y Baldomero) coinciden en que la paciente presenta como consecuencia de la intervención una cicatriz hipertrófica/queloides al borde inferior de la mama izquierda, no debe desconocerse que ambos médicos igualmente coinciden en señalar que se trata de un resultado inevitable, al igual que lo es que el organismo posteriormente rechazara un punto de sutura, y ello por cuanto la cicatrización depende de cada individuo; lo que supone que el indeseado resultado estético derivado de tal incorrecta cicatrización es producto de una causa ajena al Dr. Fulgencio al depender sólo

de la predisposición genética de la paciente y de imposible averiguación previa, salvo que se haya producido también una intervención quirúrgica anterior, lo que en el caso no había sucedido.

En definitiva, no cabe hacer al Dr. Fulgencio ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, y aún es más, ni siquiera cabría hablar de causalidad jurídica (resulta indudable la causalidad física dado que la cicatriz queloidea deriva de la intervención) porque no ha sido la intervención quirúrgica la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada, sin que se pueda cargar en la actuación del agente las complicaciones que tienen carácter excepcional, dependen de condiciones genéticas del sujeto concreto (paciente) y que no existe posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención (STS 21 octubre 2005 EDJ 2005/165831).

Y asimismo se ha descartar la aplicación al caso de autos de la doctrina del "resultado desproporcionado o enorme", expresamente invocado en esta alzada por la recurrente, porque ésta hace referencia al resultado "clamoroso" inexplicado o inexplicable" y en el presente caso hay una causa que explica la producción de la cicatriz queloidea, cual es la predisposición genética a tal efecto de la piel de la paciente.

2º En cuanto a la asimetría mamaria, es de observar que de lo actuado no cabe afirmar la realidad de tal resultado en la medida en que tan sólo contamos con los informes emitidos por los Dres. Pedro Francisco y Baldomero, y mientras el primero afirma que "a la exploración visual conjunta de ambas mamas se aprecia una desviación de la izquierda hacia arriba sin conservar la simetría natural de las mismas", el segundo sostiene que "en la actualidad, presenta unas mamas prácticamente simétricas, tanto en relación a la forma como en cuanto al volumen. La distancia esternal-pezones en la mama derecha es de 21 cm. Y en la mama izquierda de 21.5 cm".

Ante estos informes contradictorios, y a falta de mayor actividad probatoria, consideramos el criterio de la instancia que se inclina por el dictamen D. Baldomero, fundamentalmente por dos razones: (i) D. Baldomero efectuó y facilitó las oportunas mediciones, mientras que D. Pedro Francisco se limita a referir el resultado de una exploración visual, y (ii) el propio D. Pedro Francisco reconoció en el acto del juicio que la mayoría de las mujeres tienen mamas asimétricas, sobre todo las que han sido intervenidas por reducción mamaria (min.37:10 CD), sin que conste acreditado en las actuaciones que en el caso de la actora tal asimetría exceda de lo normal.

En consecuencia, ya podemos rechazar el primer motivo del recurso referido a la pretendida concurrencia de negligencia en la intervención médica.

QUINTO.- Llegados a este punto, debemos ahora pronunciarnos sobre la pretendida falta de consentimiento informado, y las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

Pues bien, se ha de comenzar por precisar que tal cuestión resultó planteada en la instancia dado que (i) en la demanda rectora de autos ya se denunciaba el incumplimiento de lo convenido por cuanto la intervención conllevó unos resultados desmedidos "que no fueron advertidos previamente"; (ii) en el acto de la audiencia previa la parte actora señaló como hecho controvertido "si realmente la praxis fue correcta o no de esta intervención quirúrgica" (min.2:20), mientras que la Juez "a quo" fijó como tales, entre otros, "la cuestión relativa a la mala praxis del demandado y consecuentemente de la Clínica codemandada en la intervención de autos" (min. 3:40 CD); (iii) en el acto del juicio la Letrada de la parte actora preguntó al Dr. Fulgencio acerca del consentimiento informado, llegando incluso a apuntar que el documento de consentimiento informado se firmó en recepción (min.5:00 CD), sin que la Juez declarara tales preguntas inadmisibles ni la parte contraria impugnara las mismas (arts.302.2 y 303 LEC EDL 2000/77463), asumiendo de esta forma que se trataba de una cuestión controvertida, hasta el punto que su propio Letrado le pregunto al respecto (min.11:50 CD); y (iv) en la sentencia apelada se analiza de forma exhaustiva tal cuestión sin hacer referencia alguna a que la parte actora hubiera admitido la corrección de la información facilitada.

Conviene significar a este respecto que al cuestionarse la praxis médica no sólo se hace referencia al empleo de los medios necesarios dentro de la ciencia médica para conseguir el fin pretendido sino también a facilitar a la paciente la información precisa a fin de recabar el consentimiento necesario para la intervención, y así incluso lo reconoce la defensa de la Clínica Planas en el Hecho 16º, párrafo 1º, de su escrito de contestación a la demanda (f.119) Y en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 EDJ 2006/306294 : "...El consentimiento informado es de esa forma presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003 EDJ 2003/80469 ; 21 de diciembre 2005 EDJ 2005/206730 ), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril EDL 1986/10228 , General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente EDL 2002/44837 , en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad".

Así las cosas, y entrando a analizar si en el caso de autos la paciente recibió información adecuada sobre las consecuencias que se pudieran derivar de la intervención, esta Sala, en la antes citada sentencia de 29 de noviembre de 2006, efectuaba las siguientes consideraciones que resultan relevantes para la resolución del presente litigio:

"Junto a los postulados expresados, cobra especial relevancia en el ámbito de la medicina satisfactiva, la obtención por parte del facultativo médico, del consentimiento informado, que se concibe como una primera y fundamental obligación del médico, por mandato del art. 10 párrafo 5 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 de 25 de abril de 1986 y en relación a la cual el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de enero de 2001, indicó que el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o aplicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

Sobre la forma en que debe obtenerse este consentimiento informado el art. 10 citado dispone que el paciente tiene derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

La expresada obligación se reitera en la ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud a la autonomía del paciente y la documentación clínica, así como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre EDL 2002/44837 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El consentimiento informado se concibe por tanto, como un acto médico más y el Tribunal Supremo ha entendido que el incumplimiento del deber de información hace recaer sobre el profesional médico demandado la asunción de los riesgos de la intervención ( STS de 24 de abril de 1992) por tratarse de omisiones de las que debe responder, de manera que la no prestación de información representa una infracción de la *lex artis ad hoc* ( STS de 29 de mayo de 2003 EDJ 2003/17151 ).

El mismo Tribunal señaló en la sentencia de 7 de marzo de 2000 EDJ 2000/1976 que para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiera comunicado cuáles eran las características de la intervención a que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas..."

Y más recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2005 EDJ 2005/165831 recuerda que en supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria "se acrecienta, -para algún sector doctrinal es el único aspecto del enfoque judicial en el que debe operar la distinción con la medicina denominada necesaria, curativa o asistencial-, el deber de información médica, porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información (conocimiento) prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma (art. 10.5 y 6 Ley General de Sanidad EDL 1986/10228 14/1986, de 25 de abril y en la actualidad Ley BAPIC 41/2002, de 14 de noviembre), con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de 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"; y aún añade dicha sentencia que "el deber de información en la medicina satisfactiva...como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidad del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica. Por lo tanto debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible -no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001 EDJ 2001/6 )- no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queoide. La información de riesgos previsible es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención".

SEXTO.- Partiendo de tal doctrina, es de observar que los demandados acompañan junto a sus escritos de contestación a la demanda el documento titulado "CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LA PACIENTE" donde la ahora demandante reconoce (i) haber recibido la explicación detallada de la operación, (ii) conocer y entender perfectamente cuáles son las complicaciones o problemas más comunes que pueden surgir tanto en la cirugía como en el periodo de recuperación, y (iii) haber sido advertida de que pese a esperarse resultados excelentes, existen contratiempos y complicaciones que no pueden ser previstos y que, por tanto, no existe garantía expresa o implícita en cuanto al resultado satisfactorio de la cirugía o curación.

Pues bien, tal documento no se refiere en modo alguno a circunstancias personales de la paciente que pudieran incrementar los riesgos, ni existe tampoco ninguna explicación concreta en relación a las características propias de la intervención que se iba a practicar, por lo que no reúne las características propias del consentimiento informado pues no contiene un reconocimiento de la información referida a la intervención concreta que se le iba a practicar, en la forma legalmente exigida, lo que supone una clara y evidente infracción de la obligación reseñada, suficiente por sí misma para calificar la conducta del facultativo demandado de contraria a la *normopraxis*; resultando evidente que en tal información nada se advierte de la posible aparición de una cicatriz queoidea, y, como antes hemos visto, tal eventualidad puede aparecer en toda intervención, con independencia de la técnica utilizada, tratándose por tanto de un riesgo del que no se advirtió a la paciente, impidiendo con ello que fuera ésta quien valorase si la compensaba asumir los eventuales riesgos de una cicatrización defectuosa.

Tan clara es la cuestión que el propio Dr. Fulgencio hizo constar en la Historia Clínica las advertencias que dijo haber realizado a la paciente, y entre ellas se encuentra, precisamente, "que puede también hacer cicatriz hipertrófica"; y en este punto se ha de advertir que las anotaciones efectuadas por el Dr. Fulgencio en la Historia Clínica no pueden constituir prueba bastante de que la información llegara efectivamente a facilitarse a la paciente, so pena de considerar innecesario la firma por parte de los pacientes del documento de consentimiento informado, lo que ni siquiera sostienen los ahora demandados.

De este modo, y habiéndose acreditado el incumplimiento patente de este deber fundamental, todas las consecuencias que la intervención ha provocado en la paciente, objetivables como insatisfactorias, deben ser asumidas por el facultativo, y consecuentemente por la Clínica codemandada.

SÉPTIMO.- Establecida en el numeral anterior la obligación de los demandados de responder frente a la actora de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intervención de autos, procede ahora fijar los mismos; y al respecto se ha de recordar que, como antes adelantábamos, el único perjuicio que se ha de valorar es el derivado de la cicatriz queoidea dado que no apreciamos la pretendida asimetría mamaria.

La parte actora pretende valorar tal defecto en atención al perjuicio estético, así como al daño psicológico sufrido (síndrome depresivo postraumático y excitabilidad y agresividad continuada). Pues bien, indudablemente debemos valorar el perjuicio estético, y lo haremos como medio, en la medida en que, según consta en el dictamen emitido por D. Baldomero: "En bipedestación y con los brazos en reposo,

este ensanchamiento de la cicatriz a este nivel es prácticamente inapreciable debido a su ubicación, ya que queda cubierto por la glándula mamaria. No obstante, sí puede apreciarse en el momento de alzar los brazos".

Es cierto, como se refiere en la instancia, que D. Baldomero explicó que esa cicatriz puede corregirse quirúrgicamente por un procedimiento sencillo y simple, bajo anestesia local y en régimen ambulatorio; pero no debe desconocerse que la posibilidad de tal reintervención fue incluso desaconsejada por el propio demandado, Dr. Fulgencio, que en el acto del juicio manifestó que "...al volverla a hacer puede volverse a hipertrofiar y a dejar incluso una peor cicatriz" (min. 12:30 CD).

Por otro lado, y en este punto sí que debemos confirmar el criterio de la instancia, no podemos admitir como probado que, como consecuencia del resultado de la intervención, la ahora demandante sufra en la actualidad síndrome depresivo postraumático ni excitabilidad y agresividad continuada, cuando no consta acudiera a la consulta de un especialista por tal trastorno psicológico sino hasta transcurridos 4 años desde la intervención, y, además, cuando acudió a la consulta de la Dra. María Purificación se encontraba en trámites de separación de su marido (así lo reconoció este en el acto del juicio), y pese a ello nada indicó a dicha psiquiatra, que estableció la relación de causalidad entre el padecimiento psicológico y la intervención de autos en base, precisamente, a las manifestaciones de la paciente, conforme indicó dicha especialista en el acto del juicio.

La actora también reclama por incapacidad permanente, y en concreto, reclama 3 días de estancia hospitalaria y 90 días sin estancia hospitalaria: ninguno de tales conceptos pueden indemnizarse por cuanto (i) los 3 días de estancia hospitalaria parecen obedecer a la propia intervención (15/02-18/02/1998) que, lógicamente, no puede considerarse como perjuicio derivado de la misma; mientras que (ii) los 90 días parecen obedecer a los tres meses de tratamiento que se afirma le prescribió D. Pedro, sin que obre en las actuaciones prueba alguna de tal tratamiento.

Por último, pretende la actora la devolución del coste de la intervención, siendo tal reclamación igualmente improcedente dado que el servicio se prestó y, precisamente, por haberse efectuado sin la debida información a la paciente, es por lo que ésta tiene derecho a ser indemnizada por los perjuicios sufridos.

OCTAVO.- En definitiva, para fijar el importe de la indemnización tan sólo atenderemos al perjuicio estético medio derivado de la cicatriz queoidea, y al respecto es de observar que la actora acude al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y su correspondiente baremo, lo que consideramos acertado por cuanto, como hemos tenido ocasión de señalar en resoluciones anteriores, nada impide considerar y tener en cuenta dicho baremo de manera orientativa a fin de cuantificar la indemnización que corresponde a los daños y perjuicios causados a la demandante por ser ese sistema un instrumento válido a tal fin.

En esta misma línea, y de forma clara, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2.006 EDJ 2006/8422, en la cual se establece que se "ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en valoración y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este caso".

Dicho lo anterior, es de observar que el planteamiento inicial de la demanda tendía a obtener una indemnización en concepto de perjuicio estético, que calificaba de muy importante, de 2.290.918,08 euros (13.768,70 euros), atendiendo para su fijación a las cuantías de las indemnizaciones fijadas para el año 1998.

Pues bien, partiendo de tal criterio valorativo, procede moderar el importe de la indemnización en atención a considerar medio el perjuicio estético derivado de la cicatriz (obsérvese que en la valoración del perjuicio por parte de la actora se atendía tanto a la cicatriz como a la asimetría mamaria, extremo éste último que descartamos), y así fijar tal importe en la suma de 6.000 euros, tomando para ello en consideración con carácter orientativo el baremo previsto para accidentes de circulación.

Tal importe se verá incrementado con los intereses legales de la indicada cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, aplicando de esta forma la reciente jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que viene siguiendo el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla "in illiquidis non fit mora", atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del "dies a quo" del devengo; precisando dicha jurisprudencia que este moderno criterio da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado, y demás circunstancias concurrentes (entre otras, SSTS 16 noviembre 2007 EDJ 2007/206026 y 19 mayo EDJ 2008/66873 y 24 julio 2008 EDJ 2008/173098) Lo decisivo a estos efectos es la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía, así como su injustificada insatisfacción (SSTS 20 febrero EDJ 2008/56436 y 15 octubre 2008 EDJ 2008/190084); y en nuestro caso es clara la obligación de indemnizar de los demandados, bien que en la presente resolución hemos procedido a moderar su cuantificación.

NOVENO.- En atención a todo lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por la parte actora, y, en consecuencia, revocando la sentencia de instancia, estimar parcialmente la demanda rectora de autos y condenamos a los demandados a indemnizar de forma solidaria a la actora en la cantidad de 6.000 euros, más los intereses de dicha cantidad desde la interpelación judicial, y ello sin hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia al no haberse rechazado totalmente las pretensiones de ninguna de las partes (art.394.2 LEC EDL 2000/77463).

Al estimarse en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas por el mismo (art. 398.2 LEC EDL 2000/77463).

## FALLO

El Tribunal acuerda: Estimamos parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D<sup>a</sup> Noemi contra la sentencia de 13 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup>20 de Barcelona, y, en consecuencia, revocando la misma, estimamos parcialmente la demanda rectora de autos y condenamos a D. Fulgencio y a CLINICA PROFESOR PLANAS, SL a abonar solidariamente a D<sup>a</sup> Noemi la cantidad de 6.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interpelación judicial, y ello sin hacer imposición de la costas causadas en la instancia.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

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

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 08019370012009100398