

## ANÁLISIS DE LA POSTURA DE NUESTROS TRIBUNALES ANTE LOS PLEITOS RELACIONADOS CON CIRUGÍA PLÁSTICA Y ESTÉTICA

**Pablo Montalvo Rebuerta**

Abogado

Asociado del despacho Asjusa-Letramed

**Resumen:** Estudio jurisprudencial de la problemática existente en los procedimientos relacionados con la cirugía plástica y las intervenciones estéticas, así como principales motivos de reclamación.

**Palabras clave:** responsabilidad civil, intrusismo, consentimiento informado.

**Title:** Analysis of the Spanish courts resolutions related to plastic surgery

**Abstract:** Overview of the Spanish jurisprudence in plastic surgery cases and main causes of claims

**Keywords:** Civil liability, professional intrusion, informed consent.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Evolución de los criterios de responsabilidad y principales motivos de reclamación en la jurisdicción civil. 2.1. *Evolución del criterio general de responsabilidad en cirugía satisfactiva.* 2.2. *Supuestos de resultado garantizado.* 2.3 *El deber de información como motivo de reclamación en la cirugía plástica y estética.* 3. La cirugía estética analizada desde el prisma de otras jurisdicciones. 3.1. *La jurisdicción penal.* 3.2. *La jurisdicción contencioso-administrativa.* 4. Conclusión.

### 1. Introducción

El presente estudio pretende realizar una aproximación a los distintos escenarios ante los que nos podemos encontrar en relación a los pleitos relativos a cirugía estética, así como, la postura y la evolución de las resoluciones de nuestros tribunales.

La primera nota diferenciadora de esta especialidad médica respecto al resto es la relativa a la jurisdicción que prevalece a la hora de enjuiciar las distintas reclamaciones.

Así, mientras que en el resto de especialidades prima la jurisdicción contenciosa respecto al resto de órdenes, principalmente por el mayor porcentaje de la asistencia en la sanidad pública frente a la privada, en los procedimientos derivados de la cirugía estética prevalece el orden civil.

La prevalencia del orden civil tiene su justificación en la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16-9-06).

En concreto, el artículo 5 del RD 1030/2006, establece que: "*Se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo*".

Es decir, nuestro sistema público de salud excluye aquellas cirugías cuya finalidad sean meramente estéticas y no tengan cabida en la llamada cirugía reparativa.

En estrecha relación con lo manifestado anteriormente, al ser una prestación ajena a la seguridad social y cuya naturaleza es satisfactiva y voluntaria, hace que nos encontremos proporcionalmente ante la especialidad con mayor litigiosidad dentro de las distintas especialidades médicas, al considerar el paciente, o al menos así cree, que puede exigir un resultado.

## **2. Evolución de los criterios de responsabilidad y principales motivos de reclamación en la jurisdicción civil**

### *2.1. Evolución del criterio general de responsabilidad en cirugía satisfactiva*

Dentro de la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad civil en materia sanitaria, posiblemente sean los pleitos relacionados con la cirugía satisfactiva los que han tenido una mayor evolución respecto a los requisitos de responsabilidad en los últimos años.

No es ajeno a los especialistas en la materia que, a la hora de juzgar la responsabilidad civil del profesional sanitario en general, siempre se ha hablado de una exigencia de medios y no de resultados.

Como criterio orientativo, tanto en la jurisdicción civil<sup>1</sup> como en la contenciosa administrativa<sup>2</sup>, se ha hablado del criterio de la *lex artis ad hoc*.

Por *lex artis*, tanto nuestra jurisprudencia<sup>3</sup> como nuestra doctrina<sup>4</sup> entienden que es "*la consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional*".

En definitiva, la *lex artis* es un patrón de conducta que se asimila a la conducta que un médico medio habría hecho ante un caso similar en las mismas circunstancias que se enjuician.

Sin embargo, mientras que en la medicina curativa la exigencia de medios y por ende el criterio de la *lex artis*, ha sido la piedra angular de la responsabilidad civil, en la medicina satisfactiva, se ha producido una larga y lenta evolución desde la exigencia de resultados<sup>5</sup> a una obligación de medios<sup>6</sup>.

Durante la década de los ochenta y especialmente en la de los noventa, se vino a asimilar los supuestos de responsabilidad civil en la especialidad de estética como un arrendamiento de servicios próximo al de obra; en la

---

<sup>1</sup> STS (Sala Civil) 3/7/13 (RJ 2013\4380) "*dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc*"

<sup>2</sup> STS (Sala C-A) 4/6/13 (RJ 2013\4305) "*las reclamaciones derivadas de la actuación médica ó sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud ó en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad ó la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado*".

<sup>3</sup> STS (Sala Civil) 10/6/2008 (RJ 2008\4246).

<sup>4</sup> GUERRERO ZAPLANA, J, *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*. Aranzadi, 2013.

<sup>5</sup> STS (Sala Civil) 28/6/97 (RJ 1997\5151) *El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y añade: «proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue»; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso*.

<sup>6</sup> STS (Sala Civil) 28/6/13 (RJ 2013\4986) *La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico*.

que la responsabilidad se declaraba cuando el cumplimiento era defectuoso y no se obtenía el resultado esperado.

En concreto, la jurisprudencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo venía entendiendo que *“cuando la medicina tiene un carácter voluntario, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, la relación se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue”* (STS 16-4-1991, RJ 1991\2697; STS 25-4-1987, RJ 1994\3073 y STS 7-2-1990).

Esta exigencia de resultados, tal y como veremos con posterioridad, se ha ido modulando hasta equipararse en cierto modo con el resto de especialidades médicas y la obligación de medios.

Probablemente, la resolución judicial que viene a romper esta distinción entre obligación de medios y de resultados, es la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871), donde se determina: *“la distinción entre obligación de medios y de resultados (“discutida obligación de medios y resultados”, no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico”*.

La precitada postura de nuestro Alto Tribunal relativa a la imposibilidad de distinción entre la obligación de medios y de resultados en el ejercicio de la actividad médica, es compartida por nuestras Audiencias Provinciales (SAP Asturias, secc. 7ª, 2-10-13, JUR 2013\327457; SAP Alicante, secc. 8ª, 12-9-2013; JUR 2013\320137; SAP Madrid, secc. 19ª, 24-6-2013, AC 2013\1516, y SAP Granada, secc. 3ª, 21-6-2013, lo que viene a equiparar la medicina satisfactiva con el resto de especialidades médicas.

En el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente citada (STS, Sala Civil de 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871), encontramos las dos cuestiones fundamentales respecto a los pleitos de responsabilidad civil en materia de cirugía plástica.

Por un lado, que la responsabilidad del profesional médico es de medios, centrándose esta obligación en 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.

Por otro lado, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar la práctica de la misma.

Respecto a la obligación de medios y en consonancia con lo analizado anteriormente, el Tribunal Supremo viene determinando que<sup>7</sup>: *" 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 ; 20 de noviembre 2009 ; 3 de marzo de 2010 y 27 de septiembre 2010 ).*

Es decir, la jurisprudencia más reciente de la Sala Civil del Tribunal Supremo es tajante al considerar que no se puede diferenciar entre medicina curativa y estética; si bien, tal y como veremos más adelante en algunos supuestos dicha asimilación queda modulada.

Otra cuestión muy importante y que está interrelacionada con lo manifestado anteriormente, es la relativa a la frustración del paciente de no obtener el resultado esperado.

En estos casos, nuestros Tribunales vienen estableciendo<sup>8</sup> que: *"En cuanto al resultado, no podemos admitir el concepto de frustración basado en valoraciones puramente subjetivas; en la imaginación del paciente podrá haber representaciones idílicas pero inalcanzables, porque las circunstancias que rodean al sujeto no lo permitan, o lo hagan imposible. En esos casos la frustración del resultado meramente subjetiva no es causa bastante para condenar."*

En estrecha relación con lo anterior, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 7 de junio de 2007, (AC 2007, 1463), viene a determinar que en estos casos de frustración, *"Habrá que buscar temperamentos basados en las condiciones previas del paciente: edad; estatura, peso, comportamiento posterior, patologías previas que afecten al resultado etc, para introducir factores que reduzcan la subjetividad, y la lleven a términos razonables según el criterio humano"*.

---

<sup>7</sup> STS (Sala Civil) 28/6/13 (RJ 463\2013)

<sup>8</sup> SAP Madrid 25/7/2012 (AC 2012\2109 )

En consecuencia, la percepción subjetiva que pueda tener el sujeto objeto de la intervención quirúrgica sobre el resultado esperado, no puede ser criterio orientativo para establecer si existe o no un deber indemnizatorio. En resumen, el criterio general de responsabilidad en los supuestos de cirugía estética ha evolucionado de una obligación de resultados a una de medios, no siendo posible diferenciar entre medicina curativa y satisfactiva.

## 2.2. *Supuestos de resultado garantizado*

A pesar de lo manifestado anteriormente respecto a la asimilación entre medicina curativa y satisfactiva, existen algunas excepciones al criterio general.

Así, a la hora de determinar la responsabilidad del profesional, aparte de los supuestos en los que se demuestra la vulneración de la *lex artis ad hoc*, basada en los mismos criterios de responsabilidad que en el resto de especialidades médicas, únicamente será procedente la indemnización en aquellos casos en los que se "garantizase el resultado" y éste no se obtuviese ( STS 12-03-2008, RJ 2008\4045; STS 12-03-2008, RJ 2008\5789; STS 30-06-2009, RJ 2009\6460 y STS 20-11-2009, RJ 2010\138).

En estos casos, lo que se va a valorar no es si se pusieron o no los medios exigibles, tal y como sucede en el resto de los supuestos, sino si se llegó a obtener dicho resultado<sup>9</sup> que se aseguró se iba a obtener.

Dentro de estos supuestos en los que se "garantiza el resultado", destacan dos notas fundamentales.

En primer lugar, la inversión de la carga de la prueba que, entronca con la fundamentación de los años ochenta y noventa de que nos encontramos ante una relación contractual establecida entre el profesional sanitario y el paciente que se aproxima al contrato de arrendamiento de obra, de forma que el medico no queda exonerado de su responsabilidad con acreditar simplemente que su actuación se ha ajustado a la "*lex artis*", sino que se exige del mismo la obtención de un determinado resultado esperado por el paciente, que caso de no producirse determina, inexorablemente su responsabilidad ya que de no admitirse así, el fin contractual que movió al paciente se vería frustrado, por lo que la única forma de devirtuar la pretensión del paciente es mediante la inversión de la carga de la prueba<sup>10</sup>.

En segundo lugar y aunque sea residual, existen algunas resoluciones judiciales que aplican la responsabilidad objetiva que respecto a los daños

---

<sup>9</sup> STS (Sala Civil) 4/10/2006, (RJ 2006\6428)

<sup>10</sup> SAP Valencia, secc. 8ª,

causados por servicios sanitarios establecía el ya derogado artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984\1906), General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Como conclusión en los supuestos en los que se garantiza el resultado, consideramos acertada la postura mantenida por nuestros tribunales respecto a la carga de la prueba y, compartimos las conclusiones a las que llega nuestra doctrina<sup>11</sup> respecto a que la culpa se presume.

### 2.3. *El deber de información como motivo de reclamación en la cirugía plástica y estética*

Uno de los principales motivos de reclamación en este tipo de procedimientos son los relativos a problemas en la información, tanto en lo relativo al alcance de la misma, como en lo relativo a la existencia de una información y/o publicidad que puede ser considerada como engañosa.

Como veremos a continuación, nuestro Alto Tribunal tiene desarrollada una doctrina específica respecto al alcance de la información en aquellas intervenciones quirúrgicas que podemos considerar como de tipo voluntario<sup>12</sup>.

Nuestros tribunales vienen interpretando de manera restrictiva tanto lo establecido en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29-04-1986) como en la vigente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información (BOE núm. 274, de 15-11-2002), exigiendo que: "*no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades 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*".

Tal es la importancia del deber de información que el Tribunal Supremo viene considerando que es el único aspecto del enfoque jurídico en el que debe operar una distinción entre la medicina curativa y la satisfactiva.

La precitada distinción respecto a la rigurosidad de la información que debe recibir el paciente está justificada por el carácter voluntario de la cirugía, lo que deriva en un mayor margen de maniobra a la hora de optar o no por la realización de la intervención, y la relatividad de la necesidad de la misma, lo que en algunos casos podría llevar al

---

<sup>11</sup> DIAZ MARTÍNEZ, A, "El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2011 parte Comentario.

<sup>12</sup> STS (Sala Civil) 21/10/05 (RJ 85/47).

facultativo al silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención<sup>1314</sup>.

Como resumen de lo anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo establece<sup>15</sup> que: *"la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria"* o incluso que *"en la medicina satisfactiva debe prestarse sin regateos ni evasivas, resulta de exigencia más intensa en su faceta de información, ya que ha de desplegar actividad consistente en que el cliente cuente con conocimientos suficientes y lo más exactos posibles respecto de la intervención"*.<sup>16</sup>

En estrecha relación con ese plus en el deber de información, nuestros Tribunales por regla general suelen desestimar la existencia de responsabilidad cuando de la prueba practicada queda documentada la existencia de esa información, tanto oral como escrita<sup>17</sup>.

Aparte de los supuestos en los que se demanda por problemas de información y de consentimiento informado, dentro de este campo de responsabilidad sanitaria destaca los supuestos de "publicidad engañosa" por parte de los centros estéticos.

En estos supuestos, en los que las clínicas "venden" mediante publicidad resultados que pueden ser engañosos, nuestros tribunales vienen considerando que<sup>18</sup> que: *"Hay que observar que es público y notorio que entidades como "XXXXXX.", que se dedican a llevar a cabo operaciones de cirugía estética, dan a entender en la publicidad, especialmente en las operaciones de implantación de prótesis mamarias, que garantizan el resultado que satisface el interés primario del paciente y en definitiva que*

---

<sup>13</sup> SAP Madrid 10/1/07 (JUR 2007\16047).

<sup>14</sup> SAP Alicante 10/11/09 (AC 2010\276) *por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una "cierta" garantía en su obtención, pues de lo contrario el cliente, que no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo por ello especialmente relevante la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre los riesgos y alternativas de la intervención e incluso de la eventualidad de un mal resultado.*

<sup>15</sup> STS (Sala Civil) 23/10/08 (2008\5789) .

<sup>16</sup> STS (Sala Civil) 27/4/07.

<sup>17</sup> SAP Madrid 21/2/11 (R.A. 2007/2009) *firmó la hoja en la que, entre otras cuestiones no atinentes al caso, se aduce que "6, COMPRENDO que el fin de la operación es mejorar mi apariencia, existiendo la posibilidad de que alguna imperfección persista y que el resultado pueda no ser el esperado por mí. Sé que la medicina no es una ciencia exacta y que nadie puede garantizar la perfección absoluta. RECONOCIENDO QUE NO SE ME HA DADO EN ABSOLUTO TAL GARANTÍA.", (folio 29). Por lo tanto, en este aspecto concreto que aquí nos ocupa, la información es suficiente para considerar que se prestó el consentimiento con pleno conocimiento de causa sobre las eventuales Imperfecciones que pudieran quedar en la paciente, a pesar de someterse a una Intervención de cirugía satisfactiva, sin que en ningún momento se le ofreciera garantía del resultado.*

<sup>18</sup> SAP Madrid 16/3/10 (JUR 2010\196181).

*la intervención quirúrgica tendrá éxito. No se puede desconocer que nuestra jurisprudencia sostiene de manera reiterada que el contenido de la publicidad forma parte integrante del contenido del contrato”.*

Es decir, la supuesta publicidad engañosa sobre el beneficio de un resultado hace que sea exigible el mismo, a pesar de que por el profesional se acredite la adecuación del acto.

Esta postura es compartida igualmente por nuestros autores<sup>19</sup>, quienes consideran que si con la única finalidad de captar clientes se emplea una publicidad engañosa, ya sea tanto del resultado como de los medios a emplear, la obligación de medios se transforma en una obligación de resultados, con independencia de si la asistencia se adecuó o no a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

En cierta medida, nuestros tribunales vienen aplicando la responsabilidad objetiva que, tal y como ya hemos manifestado anteriormente, ha sido superado por nuestra jurisprudencia.

En resumen, los pleitos de responsabilidad médica dirimidos en la jurisdicción civil se caracteriza por una evolución doctrinal desde la exigencia de resultados a una de medios matizada en la que adquiere una importancia fundamental la información facilitada al paciente, que puede condicionar hasta la “garantía de obtención de un resultado”.

### **3. La cirugía estética analizada desde el prisma de otras jurisdicciones**

#### *3.1. La jurisdicción penal*

Aunque el orden civil prevalece a la hora de enjuiciar este tipo de supuestos, también la jurisdicción penal y la contenciosa-administrativa analizan este tipo de supuestos de responsabilidad.

Dentro de la jurisdicción penal, la primera nota característica es que a la hora de valorar la responsabilidad del profesional, nuestro ordenamiento es taxativo al exigir los mismos requisitos que en el resto de especialidades médicas<sup>20</sup>.

Al igual que sucede en la jurisdicción civil, en el orden penal el hecho de no obtener el resultado deseado no puede ser objeto de ilícito penal cuando no se demuestre la infracción de los requisitos del tipo.

---

<sup>19</sup> GALAN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*. 3ª edición. Civitas. Madrid, 2011

<sup>20</sup> Auto AP de Madrid 21/2/11 (JUR 2011\158967):: *La imprudencia requiere una voluntaria omisión del deber de cuidado que debe ser observado, en este caso por el profesional en el desenvolvimiento de la correspondiente actividad profesional que se estima que puede alcanzar algún tipo de peligro, de la que pudiera derivarse causalmente algún daño o lesión, que resultase previsible para cualquier profesional.*

A este respecto, nuestros tribunales vienen determinando<sup>21</sup> que: *Hechos, datos y circunstancias que carecen, ya se dijo, de relevancia penal y que revelarían, en su caso, una disfunción entre lo pretendido y deseado a través de unas operaciones quirúrgicas y el resultado obtenido a través de las mismas que no son de la satisfacción de la paciente. Insatisfacción subjetiva y, en su caso, objetiva que podrá hacerse valer ante la jurisdicción civil, pero que no cabe reconducir a esta jurisdicción penal.*

Analizada la responsabilidad penal y como los requisitos son los mismos que en el resto de especialidades médicas, debemos valorar una de las notas diferenciadoras dentro de este ámbito de la medicina.

En este ámbito nos encontramos ante la problemática del intrusismo profesional en aquellas cirugías que exceden del campo de la estética y se internan en el de la especialidad de la cirugía plástica y reparadora.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo establece respecto a este delito tipificado en el artículo 403 del Código Penal<sup>22</sup>: *"la realización de actos que se consideran propios de una especialidad médica por parte del titular de otra especialidad o de quien dispone únicamente del título de Licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión de médico con carácter general, no debe subsumirse en el tipo delictivo de intrusismo. Para determinar la comisión de este delito no basta con apreciar la carencia del título, oficial o académico, sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión distinta a aquella para la que el agente se encuentra habilitado. No existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos, y la prohibición de realización de los mismos a los médicos no especialistas o titulados en otra especialidad, más o menos próxima. En definitiva, legalmente la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia".*

En estrecha relación con la postura de la Sala Segunda, nuestros Tribunales consideran<sup>23</sup> que: *"De la prueba practicada se desprende que la estética no está reconocida como especialidad y que los actos realizados pueden encuadrarse en el cometido de los licenciados en medicina y cirugía, licenciatura que posee la acusada, por lo que no podemos hablar de instrusismo".*

---

<sup>21</sup> Auto AP de Madrid 11/2/11 (JUR 2011\129622)

<sup>22</sup> STS (Sala Penal) 1/4/03

<sup>23</sup> SAP Zaragoza 7/2/96 (ARP 1996\161)

Por tanto, comprobamos como nuestro ordenamiento viene a entender que la cirugía estética no está reconocida como especialidad, por lo que quien practica este tipo de intervenciones, siempre y cuando tengan en su poder el título de licenciatura en medicina no incurre en el tipo delictivo del intrusismo.

Como conclusión y desde el punto de vista penal, no existe diferencia alguna entre la medicina curativa y la satisfactiva, exigiéndose los mismos requisitos del ilícito penal para condenar al profesional.

### 3.2. *La jurisdicción contencioso-administrativa*

El orden contencioso está estrechamente influenciado por el contenido del artículo 5 de la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, Real Decreto 1030/2006 Catálogo de Prestaciones, donde determina que la cirugía estética únicamente se practicará en aquellos casos que guarden relación con un accidente, enfermedad o malformación congénita.

Por tanto, no nos encontramos ante una cirugía estética ad hoc, sino ante una cuya finalidad es reparadora.

Dentro de este orden jurisdiccional, existen tres motivos fundamentales de reclamación.

Comparte con la jurisdicción civil los principales motivos, no obtención del resultado esperado y problemas de información, si bien se caracteriza por la problemática de la lista de espera quirúrgica.

En estos caso, nuestros tribunales vienen determinando<sup>24</sup> que: *“que una paciente tenga que sufrir un retraso en su intervención quirúrgica, pasando a lista de espera, hecho que ha sido calificado como inconveniente por el doctor que le intervino (y de quien se dice que su atención fue plenamente satisfactoria, así como sus resultados) no es sino eso, un inconveniente derivado de la situación de los servicios sanitarios. Se recuerda más arriba que la obligación de la administración demandada es de prestación de medios y no de resultados, y los medios son los material y humanamente posibles”*.

Es decir, nuestros tribunales resuelven la problemática de la lista de espera con la idea de que la administración tiene unos medios limitados y es sobre la base de los mismos como se debe juzgar la asistencia, lo que no es óbice que en determinados casos y a pesar de esos medios limitados, el paciente tenga el deber jurídico de ser indemnizado.

---

<sup>24</sup> STSJ CyL (Sede Valladolid) 26/10/12 (JUR 2012\396924)  
206

Respecto a los supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración, el caso más habitual es el de la cirugía reparadora, reconstrucción mamaria o cirugía bariátrica, y en la que se reclama por déficit de información (el paciente denuncia la falta de información de los riesgos de la cirugía y que de haberlo sabido no se hubiera sometido a la misma) y por otro lado las secuelas de la cirugía que imputa a una mala praxis por parte del profesional.

Los criterios de responsabilidad en la cirugía reparadora/estética, praxis médica y la no obtención del resultado deseado, son los mismos que en el resto de especialidades médicas dentro del contexto de la responsabilidad patrimonial, es decir, el criterio de la *lex artis ad hoc* y por ende la obligación de medios<sup>25</sup>.

Por su parte, los requisitos que se exigen respecto a la información en la jurisdicción contenciosa no difieren de la del orden civil.

En estos casos y al ser una cirugía en cierto modo satisfactoria, nuestra jurisprudencia viene determinando que la prueba del consentimiento adquiere una relevancia en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo, cosa que no ocurre en la medicina asistencial.

Inciendo en esta idea, se exige por un lado que los profesionales asuman la iniciativa en el deber de información y un mayor rigor en el mismo, sobre todo en lo relativo a la justificación de la misma, riesgos y sobre el resultado perseguido y el riesgo de no obtenerlo<sup>26</sup>.

Finalmente, es interesante la distinción que hacen nuestros tribunales a la hora de diferenciar dentro de un mismo proceso entre una cirugía asistencial y otra satisfactoria dentro del mismo proceso, donde se establece que ésta es meramente accesorio de la otra, cuya finalidad es curativa, ya que en otro caso el servicio público de salud no hubiera asumido dicha intervención al no estar la cirugía estética incluida en el catálogo de prestaciones<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> STSJ Madrid 30/12/09 (JUR 2010\107607): *No puede olvidarse que la medicina es de medios y no de resultados y ello conlleva que no pueda calificarse como antijurídico cualquier resultado dañoso sino solo aquel que es contrario a las exigencias de la lex artis.*

<sup>26</sup> STSJ CyL (Valladolid) 12/11/10 (JUR 2011\41743)

<sup>27</sup> STSJ País Vasco 27/04/01 JUR 2001\301926 *Se revela, por tanto, como errónea la premisa de la que parte la actora atribuyendo a las intervenciones una finalidad exclusivamente estética, y estando motivadas las intervenciones por la corrección de la desviación del tabique nasal, deviene baladí en el presente recurso la distinción entre medicina curativa, como medicina de medios que persigue la curación, y la medicina satisfactoria, como medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación*

En resumen, comprobamos como en la jurisdicción contenciosa-administrativa se mantiene los principios reguladores de la responsabilidad mantenido en el orden civil para este tipo de procedimientos.

#### **4. Conclusión**

Desde nuestro punto de vista y teniendo en cuenta lo analizado anteriormente, respecto a la evolución jurisprudencial, el deber de información y la inversión de la carga en determinados supuestos, diferenciar entre la cirugía curativa y satisfactiva, salvo en el caso de garantía de resultados, supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva que derivaría de un resultado, al margen de cualquier otra valoración sobre la causalidad y la culpabilidad, que científicamente no es posible garantizar.