

CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA: INFORMACIÓN RESPONSABILIDAD Y PUBLICIDAD

Jimena Beatriz Manjón Rodríguez

*Jefe de Servicio de la Unidad Jurídica de la Gerencia de Atención Primaria.
Servicio Cántabro de Salud*

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. CIRUGÍA ESTÉTICA: CONTEXTO SOCIO-LÓGICO
3. CONTORNOS CONCEPTUALES
4. EL DEBER CUALIFICADO DE INFORMACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA
5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO ESTÉTICO: DE LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO PURA A LA OBLIGACIÓN DE RESULTADA CONDICIONADA.
6. PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA
7. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Es tradicional la distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva. Si bien es cierto que existen determinadas intervenciones médicas o quirúrgicas que comparten una naturaleza híbrida, a caballo entre medicina curativa y satisfactiva, no cabe duda de que tal clasificación no resulta meramente acadé-

mica sino que es especialmente relevante en orden a la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad civil de la actuación del profesional sanitario ante un eventual resultado insatisfactorio. Como ejemplo paradigmático de la denominada medicina satisfactiva suele invocarse el de las intervenciones de cirugía estética cuyo resultado opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, siendo la consecución del mismo el principal criterio normativo de la intervención.

En este contexto sociojurídico, la presente comunicación tiene por objeto reflexionar sobre algunas de las cuestiones sociológicas y jurídicas relacionados con el creciente fenómeno de la cirugía estética en la sociedad actual, así como realizar un análisis de la evolución jurisprudencial sobre la materia en orden a su calificación como obligación de resultado, en la medida en que se han producido oscilaciones en la consideración judicial del alcance de la responsabilidad del prestador de servicios de cirugía estética. Asimismo, se abordan cuestiones decisivas en el tratamiento de cirugía estética como la especialidad intensidad del deber de información previa, el régimen normativo de la publicidad de tal clase de servicios y la especial protección a otorgar en el caso de menores de edad.

PALABRAS CLAVE

Medicina curativa, medicina satisfactiva, cirugía estética, obligación de resultado

1. PLANTEAMIENTO

Es tradicional la distinción entre *medicina curativa* - entendida como aquella que tiene como objeto la sanación del paciente- y *medicina satisfactiva* - que es aquella a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo-. Si bien es cierto que existen determinadas intervenciones médicas o quirúrgicas que comparten una naturaleza híbrida, a caballo entre medicina curativa y satisfactiva como ocurre en los tratamientos de reproducción asistida, no cabe duda de que tal clasificación no resulta meramente académica sino que es especialmente relevante en orden a la determinación del régimen jurídico de la responsabilidad civil de la actuación del profesional sanitario ante un eventual resultado insatisfactorio como se verá mas adelante.

En este sentido, usualmente se afirma que en la medicina curativa, la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, configurándose así como una obligación de medios, esto es, la obligación del prestador del servicio no es la sanación sino la puesta de los medios necesarios para obtener dicho resultado conforme la "*lex artis ad hoc*". En estos casos de medicina curativa, se ha considerado que la relación contractual que liga a prestador y paciente tiene naturaleza de *arrendamiento de servicios* que no obliga a un resultado concreto. En efecto, jurisprudencialmente, esta obligación de medios se aplica no sólo para el tratamiento sino también para el diagnóstico, de modo que el error de diagnóstico no genera necesariamente responsabilidad si no se requearon los medios ordinarios y no es evidente a la vista de los síntomas (negligencia grave)

Por el contrario, en la medicina satisfactiva la voluntad de conseguir un beneficio estético acentúa la obligación del facultativo de obtener un cierto resultado. Es por ello que la calificación jurídica habitual de la medicina satisfactiva es la de *arrendamiento de obra*.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que existen determinados supuestos que presentan una naturaleza híbrida, y que el Tribunal Supremo ha venido calificando como supuestos de medicina satisfactiva en tanto que no persigan una finalidad curativa.

En este sentido, el Tribunal Supremo español ha ido progresivamente extendiendo el abanico de supuestos calificables de medicina satisfactiva y así desde los años noventa ha incluido los siguientes supuestos: medicina estética (STS 28-6-97); medicina no reproductiva: tanto vasectomía (STS 25-4-94) como ligadura de trompas y colocación de DIU (STS 24-9-99); oftalmología: reducción de dioptrías (STS 28-6-99) y odontología (STS 28-6-99).

Como acaba de resaltarse, ninguno de estos supuestos son absolutamente puros dado que cuando la motivación no es meramente satisfactiva sino que está vinculada a necesidades vitales físicas constituirían supuestos de medicina curativa.

2. CIRUGÍA ESTÉTICA: CONTEXTO SOCIOLOGICO

Como ejemplo paradigmático de la denominada medicina satisfactiva suele invocarse el de las intervenciones de cirugía estética, cuya finalidad es el embellecimiento o perfeccionamiento físico de la persona, resultando innecesaria desde el punto de vista terapéutico o para la recuperación o mejora de la salud. Precisamente, dado que se persigue un beneficio que no es la curación, se ha señalado que en este campo no debería hablarse tanto de pacientes como de clientes.

A su vez, cabe señalar la cirugía estética es uno de los campos de acción de la *especialidad de "cirugía plástica reparadora y estética"*, junto con la denominada cirugía reparadora o reconstructiva, que persigue una finalidad terapéutica conectada con frecuencia a una preocupación estética, si bien esta última queda absorbida por aquella finalidad.

Por otro lado, tanto la cirugía estética como su variante. la medicina estética -que también persigue la mejora estética pero, en este caso, sin intervención quirúrgica- constituyen un sector cuyo avance parece imparable en todo el mundo, en consonancia con los cambios sociales que se han operado sobre la imagen social del cuerpo en la cultura contemporánea y que han convertido estas operaciones en uno de los campos médicos de mayor desarrollo en los últimos años, pero también uno de los más conflictivos.

En este contexto, cabe reflexionar sobre algunas de las cuestiones sociológicas y jurídicas relacionados con el creciente fenómeno de la cirugía estética en la sociedad actual. En este sentido, la cirugía es-

tética fue, en sus orígenes, ante todo reparadora, si bien, con la reparación, se mejorase la estética. Su gran desarrollo se produjo tras la Segunda Guerra Mundial debido, fundamentalmente, a los problemas que causaron las secuelas de la utilización de armas de todo tipo, que produjeron, obviamente, innumerables lesiones, traumatismos y mutilaciones, si bien actualmente, no cabe duda de su creciente finalidad satisfactoria. En efecto, hoy en día el culto por la imagen ha desbordado el campo de la medicina para adentrarse en terrenos cuanto menos peligrosos.

En efecto, si bien la apariencia del ser humano ante sus semejantes ha sido una de las preocupaciones prioritarias desde las antiguas civilizaciones, lo cierto es que hoy en día el culto por la imagen y la belleza constituye uno de los fenómenos más importantes de nuestro tiempo, suele asociarse al éxito profesional y social, y ha dado lugar a una próspera industria, basada en el imperativo categórico de la delgadez, el reinado de lo *light* y la apología del ejercicio físico. Por otro lado, la cirugía estética presenta actualmente las siguientes características fundamentales:

a) En primer lugar estamos ante una *cirugía democrática*. En efecto, en los últimos tiempos asistimos a un “*proceso de democratización*” de la cirugía estética, que ha abandonado su carácter elitista para ser demandada, no únicamente por modelos o actrices, sino todo tipo de población en general.

b) Asimismo cabe resaltar su *carácter cultural*, existiendo diferentes preferencias entre países en atención a las respectivas culturas. En este sentido, según la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica Estética, estadísticamente existen diferentes preferencias de operaciones de cirugía estética atendiendo al país, lo que confirma el carácter cultural de este tipo de operación. Así la operación mayoritaria varía (España: implante de mamas; Estados Unidos: inyecciones de *botox*; Argentina: *lifting* facial; Brasil: liposucción; Ecuador: cirugía de nariz; Japón: cirugía de párpados -consecuencia del deseo de occidentalización -; República Dominicana: reducción de mamas).

Asimismo, según dicha organización Estados Unidos (con unas 13,8 millones de intervenciones estéticas en 2011), sigue siendo el país que más se recurre al cirujano. Le siguen en la lista países como México, Brasil, Canadá y Argenti-

na. Finalmente cabe reseñar que España ocupa actualmente el decimoquinto lugar en esta lista

En España durante el año 2011, se realizaron 105.000 intervenciones de cirugía estética, lo que sitúa a nuestro país como el decimoquinto del mundo con más operaciones de este tipo a nivel mundial, según los datos de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética (SECPRE). Las mujeres se operan mucho más que los hombres: nueve de cada diez personas operadas de cirugía estética en 2009 fueron mujeres. El colectivo femenino se decanta, principalmente, por el aumento de pecho y la liposucción mientras que en el caso de los hombres, lo hacen por la cirugía facial (párpados, nariz y orejas). La distribución de las intervenciones según la edad muestra que, el 43% de estas se realizaron a pacientes de entre 30 y 44 años, el 35% a aquellos con más de 45 y el 22% restante a los menores de 30.

El volumen económico de estas intervenciones está en torno a los 106 millones de euros anuales, teniendo en cuenta sólo los gastos hospitalarios, sin contar honorarios profesionales. Del estudio se extrae que el coste hospitalario medio más elevado lo ostentan las intervenciones de cirugía corporal seguidas de la cirugía de mama, la liposucción y la cirugía facial, que en la gran mayoría de las ocasiones no necesita hospitalización.

c) En tercer lugar se trata de una cirugía *predominantemente femenina*. En este sentido resulta revelador el hecho de que 9 de cada 10 personas operadas de cirugía estética en 2011 fueron mujeres.

d) Igualmente se trata de una cirugía *predominantemente adulta*. Así, en 2011 la distribución de las intervenciones según la edad muestra que el 43% de las intervenciones fueron realizadas por pacientes de entre 30-44 años, el 35% se realizaron por pacientes de más de 45 y el 22% restante fueron realizadas a pacientes menores de 30.

No obstante, se observa cada vez más un mayor porcentaje de menores, cuya creciente demanda ha dado lugar a una interesante iniciativa normativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con la aprobación del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética. Dicha

normativa tiene por finalidad; asegurar que el menor de edad que pretende someterse a cirugía estética, dispone de suficiente madurez mental para su correcta valoración, garantizar que la información que recibe es completa, objetiva y adaptada a sus necesidades y desarrollo madurativo y que la relación entre el riesgo y el beneficio es razonable. Para la consecución de estos objetivos, crea un *Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética a personas menores de edad*, que derivará en un informe anual donde se detallen los datos generales de la actividad y los indicadores de calidad por cada tipo de intervención y centro sanitario autorizado para la realización de cirugía estética en menores de edad en Andalucía.

Otra de las obligaciones complementarias a la Ley básica 41/2002, es la relativa a la práctica de un *examen psicológico previo* a los únicos y exclusivos efectos de determinar la madurez psicológica del menor para la realización de la intervención de cirugía estética. El profesional de la psicología que realice dicho informe no podrá tener ningún tipo de vinculación con el centro, ni con el facultativo responsable de la intervención quirúrgica. Dicho informe será valorado por el facultativo responsable, que determinará la pertinencia de la intervención y la idoneidad de la persona menor de edad con relación a la práctica de la intervención de cirugía estética. Todo ello, siempre bajo el cumplimiento de las obligaciones en materia de información asistencial previa y otorgamiento del consentimiento informado, que, respecto de la información asistencial previa, el Decreto, añade la siguiente información (artículo 4.2):

- a) Los riesgos de la intervención de cirugía estética relacionados específicamente con sus circunstancias personales como sexo o edad. Específicamente, en el caso de personas menores de edad que ya hayan cumplido doce años, la persona facultativa deberá explicar a la persona menor de edad la posible incidencia de la intervención de cirugía estética en la etapa de crecimiento y desarrollo en que se encuentre.
- b) La posibilidad de reintervenciones en el futuro y su probabilidad de acuerdo con las características del paciente.

En consonancia con lo regulado en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, sobre el consentimiento por representación, éste se permite sin representación de los padres o tutores, a los menores con dieciséis años cumplidos en adelante o emancipados, a excepción

de intervenciones de grave riesgo en que la opinión de los padres o tutores será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente. Si el menor tiene una edad inferior a los dieciséis años, el consentimiento informado deberá ser otorgado por el padre, madre o tutor, debiendo ser oída la opinión del menor mayor de doce años.

3. CONTORNOS CONCEPTUALES

En primer lugar, es necesario definir una serie de características que diferencian a la cirugía estética de cualquier otra especialidad médica. La cirugía estética, consiste en la práctica de intervenciones quirúrgicas, como de la propia palabra “cirugía” se deduce, y que, por lo tanto, deben realizarse bajo una serie de previsiones técnico-sanitarias dispuestas en la ley. Por otra parte, tiene un carácter voluntario, es decir, es innecesaria desde el punto de vista terapéutico o para la recuperación o mejora de nuestra salud.

Dada la aparente similitud con otro tipo de prácticas que también tienen una finalidad únicamente estética, aunque no requieren intervención quirúrgica, pero que por la denominación que en algunas ocasiones se le otorga, puede llevar al usuario a confusión, cabe delimitar las características de la denominada “medicina estética”, consistente en la práctica de técnicas con una finalidad únicamente estética, pero que no requieren cirugía mayor, sino que aplican, en su caso, anestesia tópica o local en régimen de ambulatorio, como por ejemplo el *botox* sin duda en gran auge, y por tanto, su práctica sólo está autorizada a un facultativo, y su reconocimiento legal se encuentra en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Por otra parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, prohíbe expresamente incluir en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud aquellas técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como finalidad la mejora estética o cosmética (artículo 5.4.4). Igualmente, el Anexo considera excluidos de la atención bucodental básica los tratamientos con finalidad exclusivamente estética, y en general se excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, en cuyo caso resultarían supuestos de medicina curativa.

Dado su carácter satisfactivo, la Seguridad Social no tiene que asumir los costes derivados del proceso de recuperación de una cirugía puramente estética, según una sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña, de 1 de abril de 2010. El Tribunal autonómico ha revocado la resolución del Juzgado de lo Social 8 de Barcelona que condenó a Mutual Midat Cyclops a abonar una prestación de Incapacidad Temporal a una trabajadora, al entender que la baja médica inicial derivada de una mamoplastia –operación de aumento de pecho– se agravó posteriormente con una infección respiratoria y un cuadro de ansiedad. La Sala de lo Social consideró como probado que la trabajadora no padeció ninguna complicación tras la intervención de estética, ni sufrió ninguna posterior agravación o patología secundaria derivada de la misma que hiciese necesaria la asistencia sanitaria pública y, que, a su vez, originase una situación de Incapacidad Temporal para el trabajo. Para el ponente, en este supuesto lo que se produjo fue “tan sólo la simple y pura convalecencia posterior que una operación de esta naturaleza requiere”. La sentencia explica que “la convalecencia posterior a la intervención de cirugía estética puede justificar la baja médica, en la medida en que la trabajadora se encuentra imposibilitada de reincorporarse a su puesto de trabajo hasta que no transcurran unos días desde la operación”. No obstante, la cuestión analizada por el TSJ de Cataluña no resulta pacífica. Así, en una sentencia de diciembre de 2007 el TSJ del País Vasco se pronunció en sentido contrario, mientras que el TSJ de Valencia lo hizo, en mayo de 2005, a favor de la tesis ahora por el Tribunal catalán. En consecuencia, deberá ser el Supremo el que se pronuncie para unificar doctrina.

4. EL DEBER CUALIFICADO DE INFORMACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

La ausencia de carácter curativo en la práctica de cirugía estética, los Tribunales de Justicia han sentenciado que la información previa asistencial que deben otorgar los cirujanos al efecto de que el paciente decida, de forma consciente e informada, si desea someterse a dicha intervención, debe ser, si cabe, mucho más completa y exhaustiva respecto de la información que se otorgaría ante una intervención quirúrgica con carácter curativo. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su Sentencia de 4 de octubre de 2006, en el que otorga un papel clave a la información en el ámbito de la cirugía estética, principalmente en cuanto a los riesgos que la misma conlleva:

“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de enero de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente”.

Por tanto, la razón fundamental de esta exigencia de información exhaustiva en el ámbito de la cirugía estética, reside en la ausencia de su carácter curativo en contraposición a los riesgos que el paciente debe asumir si decide someterse a la misma sobre su cuerpo sano. Es decir, dicha intervención no mejorará su salud, pero sí puede perjudicarla en caso de que se materialicen los riesgos inherentes a toda intervención quirúrgica en general (como por ejemplo los derivados de la aplicación de anestesia) y a la intervención quirúrgica determinada sobre una parte concreta del cuerpo. Esta información asistencial previa, así como el consentimiento informado que, en su caso, se otorgue, vienen regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, de cuyo régimen, debe destacarse en relación con el contenido específico de la información que si bien La información se proporcionará, por regla general, verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, el consentimiento se prestará por escrito como para todas las intervenciones quirúrgicas.

A pesar del contenido que especifica la ley, en cuanto a la información previa que debe proporcionar el médico al paciente, como ya se explicaba anteriormente, el Tribunal Supremo perfila esta obligación en los supuestos específicos de cirugía estética, en que la información previa debe ser más exhaustiva y comprender no sólo los riesgos típicos más frecuentes, sino también los menos frecuentes inherentes a la intervención. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su Sentencia de 22 de junio de 2004:

“...como el porcentaje de posibilidades de la necrosis era muy bajo, la falta de información sobre ese riesgo era intrascendente, conclusión inaceptable porque supone tanto como exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos. El razonamiento correcto, en suma, es precisamente el contrario, porque si la intervención quirúrgica no era estrictamente necesaria, el deber del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba una especial intensidad.”

5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO ESTÉTICO: DE LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO PURA A LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO CONDICIONADA

En este contexto, debe señalarse que, tanto la cirugía estética como su variable la medicina estética (que también persigue una mejora estética pero sin intervención quirúrgica), constituyen un sector cuyo avance parece imparables en todo el mundo, en consonancia con la aparición de nuevas técnicas quirúrgicas. En este sentido, cabría preguntarse qué sería de muchos artistas del mundo del espectáculo si no fuera por la cirugía estética a la que muchos de ellos han recurrido para mejorar su apariencia física o consolidarse en el mundo del espectáculo con resultados ciertamente dispares. En efecto, en ocasiones el resultado puede resultar ciertamente satisfactorio. Sin embargo, en otras el resultado no resulta tan positivo, bien por no alcanzarse el resultado pretendido o porque incluso se empeora el anterior.

En definitiva, puede afirmarse que estamos ante uno de los campos médicos de mayor desarrollo en los últimos años, pero también ante uno de los más conflictivos, debido a los riesgos tanto físicos (derivados de complicaciones para la salud) como morales (relativos a la insatisfacción por el resultado), que se derivan de estas intervenciones. Por este motivo resulta preciso esclarecer el régimen jurídico de la responsabilidad civil que asume el médico ante eventuales demandas por negligencia médica.

Tradicionalmente suele afirmarse que la medicina curativa se configura como una obligación de medios, de tal forma que la obligación del prestador

del servicio no consiste en la sanción sino la puesta de los medios necesarios para obtener dicho resultado conforme la “*lex artis ad hoc*”. En estos casos, se ha considerado que la relación contractual que liga a prestador y paciente tiene naturaleza de arrendamiento de servicios que no obliga a un resultado concreto. Por el contrario, en el ámbito de la medicina satisfactoria la voluntad de conseguir un beneficio estético acentúa la obligación del facultativo de obtener un cierto resultado, razón por la cual su calificación jurídica habitual se asemeja a la del contrato de arrendamiento de obra.

Partiendo de esta distinción, cabe preguntarse como se configura la responsabilidad civil del profesional sanitario en las intervenciones de cirugía estética. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado una evolución en sus criterios pudiendo diferenciarse claramente dos grandes etapas:

a) *Obligación de resultado*: En una primera etapa el Tribunal Supremo entendía que en estas intervenciones la responsabilidad del médico se asemeja una obligación de resultado, partiendo de la base de que se acude al profesional para mejorar el aspecto físico y no curar alguna dolencia. Además de lo contrario, sería difícil que una persona sana se pusiera en manos de 1 cirujano. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2003*, en una intervención realizada para resituar los senos, señaló que: “*el caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria ya que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético (...) es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética.*”

b) *Obligación de medios “acentuada”*: A finales de 2005 el Tribunal Supremo experimenta un cambio de criterio entendiendo que la obligación asumida por el médico debe entenderse como de medios acentuada por su propia naturaleza de acto médico, lo que a su vez, estaría en consonancia con la concepción de la salud no exclusivamente como ausencia de enfermedad sino como un estado de bienestar en sus aspectos físico psíquico y social en los términos de la propia Organización Nacional de la Salud que igualmente recuerda que toda obsesión, en cuanto que representa un desequilibrio, atenta contra la salud. En esta línea, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009* señaló lo

siguiente:

“(...) 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 (...)”.

El carácter acentuado de obligación de medios que asume el médico en estas intervenciones viene modulado por las dos circunstancias.

Por un lado, en la cirugía estética existe una exigencia de información mayor y más exhaustiva que la requerida en una intervención quirúrgica curativa (regulada en la Ley 41/2002, de LAP), precisamente por la ausencia de carácter curativo. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2003* señalo lo siguiente:

“Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y (...) prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma(...)”.

Por otro lado, el médico solo responde del resultado pretendido si este se acordó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo STS de 27 de septiembre de 2010*, relativa a una actuación médica en una abdominoplastia que derivó en deformidades del paciente, señalo que: *“no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice”.*

Ahora bien, ¿cuáles son los elementos que permiten concluir la existencia de pacto sobre el resultado, partiendo de la base de que no siempre existirá una cláusula contractual que así lo establezca?

En este ámbito, hay que destacar el importante papel de la publicidad como elemento integrador de las obligaciones del médico, ya que es relativamente frecuente hallar una publicidad engañosa en este ámbito. La publicidad de los centros de cirugía estética cobra especial relevancia, no pudiendo inducir a error en el destinatario sobre los verdaderos resultados que

puede obtener por tratarse de una actividad quirúrgica que como tal tiene un margen inevitable de imprevisibilidad que impide el aseguramiento total del resultado. En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo 4 de octubre de 2006* señala lo siguiente:

“(...) los hechos de las sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria capaz de inducir a error al consumidor (...) de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible (...). Ello (...) viene a garantizar el resultado comprometido, (...) para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios (...)”.

Para finalizar, cabría añadir que incluso en el supuesto de que el documento de consentimiento informado insistiese en que no se garantiza resultado alguno debe entenderse que a ello se superpone la garantía de resultado ofrecida en la publicidad del servicio, como ha señalado una reciente *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27 de marzo de 2012* donde se afirma que:

“La parte recurrente(...) pretende convertir el deber de información que le asiste en el marco del consentimiento informado (...), en una especie de “patente de corso” como salvaguarda última de cualquier responsabilidad que por mala praxis pudiera exigírsele (...)El resultado defectuoso obtenido (...) adquiere aún mayor relevancia en atención a la actividad médica satisfactiva en que se incardina la intervención efectuada, que ni siquiera ha logrado, al menos, una mínima mejora corporal estética (...)”.

6. PUBLICIDAD DE LOS SERVICIOS DE CIRUGÍA ESTÉTICA

La publicidad de los servicios sanitarios está sujeta a un régimen jurídico específico mediante el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, cuyo artículo 7.1 dispone los principios a los que ha de ajustarse dicha publicidad, establece el deber de que toda información, publicidad o promoción comercial deberá ajustarse a criterios de transparencia, exactitud y veracidad y evitará cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o a las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria.

Además de la obligatoriedad de que la publicidad de los centros sanitarios cumpla con estos principios, la misma ha de ser sometida a una autorización administrativa previa que será concedida por el órgano administrativo autonómico correspondiente, deberá hacerse constar dicho número de autorización en la publicidad.

La publicidad de los centros de cirugía estética cobra especial relevancia, no sólo sobre las obligaciones específicas que acabamos de ver, sino también en cuanto al contenido propio de la información que transmiten, ya que no puede inducir a error en el destinatario sobre los verdaderos resultados que puede obtener, ni prometer resultados, al tratarse de una actividad quirúrgica, cuyo resultado decisivo depende de un componente aleatorio como es la imprevisibilidad de las reacciones del cuerpo humano, que impiden el aseguramiento total de un determinado resultado ante una intervención quirúrgica estética.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto. La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 4 de octubre de 2006 señala:

“(...) los hechos de las sentencia referen la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria capaz de inducir a error al consumidor o usuario, artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible (...). Y ello supone no solo un evidente desajuste entre la intervención llevada a cabo y lo que le fue ofertado al cliente mediante la publicidad del centro, sino que viene a garantizar el resultado comprometido, con lo que se evita cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivarse de la intervención médica sujeta como todas, al componente aleatorio propio de la misma, para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado lo prometido, y no obtenido (que de otra forma no cabría deducirlo del hecho de que nos hallemos ante un supuesto de cirugía estética- STS de 21 de octubre de 2005-), y no los medios que se ponen a disposición del paciente, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y la culpabilidad”

De otro lado, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, en su Sentencia de 3 de noviembre de

2004, pone en relación, la información que recibió la paciente a través de la publicidad del centro de cirugía estética sobre un determinado tratamiento, con la obligación legal y jurisprudencial de los facultativos, de proporcionar una información previa estricta, más aún en cuanto a todos los riesgos y las posibilidades de la obtención de un resultado determinado:

“(...) es más destacable en la publicidad tan llamativamente elaborada y ofrecida a los usuarios, que bien puede pensarse que en estos casos el consentimiento se vio parcialmente viciado. (...). Por ello, debe entenderse probado que la intervención se desarrolló de forma correcta y adecuada y que, sin embargo, no se cumplieron las expectativas de la paciente al ser éstas absolutamente irreales, de lo que la propia publicidad promovida por XXX es en buena parte responsable.”

Resta señalar que el antes mencionado Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía recoge en su artículo 8.2.c) el deber de *“respetar en su publicidad la base científica de sus actividades, proporcionando información objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados”*.

7. CONCLUSIONES

A la luz de lo anteriormente expuesto podemos extraer tres conclusiones básicas: Primera. La belleza inducida quirúrgicamente tiene necesariamente un coste económico y eventualmente un coste en términos de salud; Segunda. Por ello, se considera preciso acentuar las exigencias en materia de información y publicidad de este tipo de intervenciones; Tercera. Resultaría conveniente, establecer con carácter básico y a nivel estatal niveles de protección adicionales en relación con los menores como sujetos especialmente vulnerables a estas intervenciones.