

# RESPONSABILIDAD MÉDICA. TRASPLANTES Y MEDICINA CAPILAR

## EN BREVE

Se aborda el estudio de la responsabilidad civil médica en la praxis de la medicina capilar, desde una doble y dual perspectiva ciertamente novedosa por la integración de conocimientos médicos y jurídicos que aportan una visión de mayor profundidad, amplitud de la problemática y casuística jurídica y médica.

### SUMARIO

1. El tratamiento de la alopecia
2. Evolución jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del contrato
3. El consentimiento informado en el trasplante capilar. Información de riesgos
4. La publicidad engañosa contradictoria con la información del riesgo consentido
5. El daño y su resarcimiento
6. Conclusiones



**JOSÉ DOMINGO  
MONFORTE**

Socio director de Domingo Monforte Abogados



**DRA. LAURA M<sup>a</sup>  
CAICEDO ALBARELLO**

Médica y Cirujana general.  
Máster en trasplantes y  
medicina capilar

### EL TRATAMIENTO DE LA ALOPECIA

**La responsabilidad civil gravita sobre riesgo y daño.** En la medicina satisfactiva o estética no están ausentes ni el factor del riesgo ni el daño, y cuando se ligan por un enlace causal embrionan la responsabilidad médica.

Asistimos a lo que se ha venido a conocer como la “**democratización de los tratamientos estéticos**” con una oferta de servicios y precios que posibilitan el acceso a todo tipo de pacientes -clientes a los que, por lo general, les une la preocupación común latente, en todos ellos, de mejorar su aspecto estético-. Sin embargo, las ofertas de bajo precio o precio de ventaja pueden entrañar un incremento de riesgos por deficiencias en la prestación de un servicio médico que se oferta sin riesgos y que, en ocasiones, se presta por profesionales sin la cualificación requerida.



La medicina capilar ha tenido en los últimos diez años avances muy relevantes con soluciones estéticas efectivas, no ausentes de riesgos.

La visión médica especializada sobre las técnicas aceptadas por la comunidad científica como más fiables nos las aporta la Dra. Caicedo:

**El trasplante capilar** es una solución a los problemas de alopecia androgénica primordialmente. Está catalogado como una **intervención médico-quirúrgica que se considera mínimamente invasiva**; ha avanzado a través de los últimos años en busca de mejorar los resultados a nuestros pacientes, enfocados en dar más naturalidad, minimizar la recuperación en tiempo como lo hacemos en la actualidad con trasplantes avanzados sin rasurar, trasplante de pelo largo y trasplante capilar extrayendo el pelo de la zona corporal, para aquellos pacientes con zonas donantes deficientes. Por otra parte, existe el trasplante Robotizado Artas y diferentes equipos tecnológicos que avanzan y con los cuales se pueden obtener muy buenos resultados que distancian a los resultados de “pelo de muñeca” que veíamos hace unos años.

## ▶ LEGISLACION [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Arts.; 1101, 1124, 1258, 1504 y 1544
- 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. (Legislación: Marginal: 23202). Art.; 10
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Legislación: Marginal: 69858). Art.; 8
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (Derogada) (Legislación: Marginal: 121502). Art.; 8
- Constitución Española de 1978. (Legislación: Marginal: 69726834). Art.; 51
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615)

## JURISPRUDENCIA [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de noviembre de 2016, núm. 698/2016, N° Rec. 455/2014 (Marginal: 70346514)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 14 junio 2016, núm. 329/2016, N° Rec. 504/2015. (Marginal: 70265261)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de abril de 2016, núm. 250/2016, N° Rec. 2237/2014 (Marginal: 69724759)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de abril 2016, núm. 232/2016, N° Rec. 1741/2014 (Marginal: 69721864)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de octubre de 2015, núm. 566/2015, N° Rec. 2213/2013 (Marginal: 69457010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 8 de octubre de 2015, núm. 370/2015, N° Rec. 465/2014 (Marginal: 70990207)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de septiembre de 2015, núm. 483/2015, N° Rec. 2247/2013 (Marginal: 69349269)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 2015, núm. 18/2015, N° Rec. 2434/2012 (Marginal: 69482403)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de mayo de 2014, núm. 230/2014, N° Rec. 545/2012 (Marginal: 2452025)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2013, núm. 480/2013, N° Rec. 923/2011 (Marginal: 2434444)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2013, núm. 513/2013, N° Rec. 1235/2011 (Marginal: 2434455)

La intervención consiste en la extracción de unidades foliculares de la cabeza de forma individual, como lo indica en inglés sus siglas del “común” Trasplante FUE (*Follicular unit extraction*).

Se realiza con anestesia local y la duración de la intervención oscila entre 4 a 10 horas -el tiempo es proporcional a la cantidad de unidades foliculares, grado de alopecia y técnica utilizada-. **El paciente se puede incorporar a sus actividades de vida diaria entre 3 a 7 días**, dependiendo del tipo de intervención realizada.

Resulta conveniente y oportuno citar a la Sociedad Internacional de Restauración y Cirugía Capilar ISHRS (*International Society of Hair Restoration Surgery*), en la medida que agrupa a profesionales de más 70 países, que han venido desarrollando y perfeccionando un procedimiento quirúrgico conocido como trasplante de unidades foliculares y escisión de unidades foliculares (FUE) que, cuando se realiza correctamente, es seguro y efectivo para revertir la apariencia de la pérdida de cabello y brindar resultados de apariencia natural a pacientes con Alopecia Androgénica (AGA), también conocida como calvicie de patrón masculino o pérdida de cabello con patrón femenino.

## EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

La asistencia médico-sanitaria entre médico y paciente se ha considerado, de forma tradicional, por la doctrina y jurisprudencia como un **contrato de arrendamiento de servicios o de obra**, según se asentara sobre el contenido de la obligación contractualmente asumida por el facultativo, de medios o de un resultado (*ex. art. 1101 y 1544 del Código Civil*).

Y así **la jurisprudencia distinguía** -desde antiguo- **entre la medicina curativa, necesaria o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva**. Exponente claro de esta doctrina superada lo fue la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 abril 1994 (Sentencia n° 349/94, rec. 1876/1991), que trazó una clara línea de distinción entre la medicina asistencial y la medicina satisfactiva o voluntaria, con diferentes consecuencias en cuanto a las obligaciones que de ellas deri-

vaban: **en la medicina asistencial mantuvo el carácter medial, si bien en la medicina satisfactiva**, sin perder el contenido obligacional medial, **la inclinan hacia el arrendamiento de obra** en la medida en que el interesado acude al médico para mejorar un aspecto físico/estético o transformar un acto biológico -actividad sexual-. Y concluye sosteniendo que **la obligación es todavía de medios**, aunque haciendo recaer sobre el médico no solo la utilización de los medios idóneos a tal fin, intensificando la obligación de informar al cliente -que no paciente- tanto del propio riesgo de la intervención como de las posibilidades de que no se logre el resultado que se busca, y de los cuidados y actividades que resulten precisos para su aseguramiento.

**Dicho criterio jurisprudencial** -que convivió pacíficamente y representó múltiples condenas- **es revisado y matizado con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 13 de abril del 2016** (que se desentiende de la obligación de resultado para seguir gravitando sobre la de medios, aun cuando de medicina satisfactiva se trate). Y así se sostiene al estimar el recurso en interés casacional ante la condena de indemnizar a un paciente por el solo y mero hecho de no haber alcanzado el resultado deseado, a pesar de la correcta actuación del médico y de la adecuada información dada al paciente: *“La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina reiterada de esta Sala sobre la obligación de medios y de resultados como criterio general en el ámbito de la responsabilidad civil médica justificando el interés casacional del recurso que, de otra forma, no se hubiera admitido. Una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso.*

*La sentencia de 7 de mayo 2014, que reproduce la más reciente de 3 febrero de 2015, con cita de las sentencias de 20 noviembre 2009, 3 marzo 2010 y 19 julio 2013, en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: «La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la*

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 2013, núm. 517/2013, N° Rec. 939/2011 (Marginal: 2434404)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2012, núm. 948/2011, N° Rec. 2243/2008 (Marginal: 2371735)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2011, núm. 497/2011, N° Rec. 1838/2007 (Marginal: 2309484)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de mayo de 2011, núm. 323/2011, N° Rec. 83/2008 (Marginal: 2270776)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2011, núm. 101/2011, N° Rec. 1918/2007 (Marginal: 2266782)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2010, núm. 583/2010, N° Rec. 2224/2006 (Marginal: 2241298)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 2010, núm. 127/2010, N° Rec. 956/2006 (Marginal: 1784816)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2009, núm. 778/2009, N° Rec. 1945/2005 (Marginal: 1129954)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 2009, núm. 674/2009, N° Rec. 1784/2005 (Marginal: 424890)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2009, núm. 478/2009, N° Rec. 137/2002 (Marginal: 395033)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2009, núm. 534/2009, N° Rec. 222/2005 (Marginal: 395124)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de octubre de 2008. núm. 943/2008, N°. Rec. 870/2003 (Marginal: 231054)

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de julio de 2008, núm. 743/2008, N<sup>o</sup> Rec. 541/2002 (Marginal: 229949)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2008, núm. 218/2008, N<sup>o</sup> Rec. 180/2001 (Marginal: 204925)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2007, núm. 1215/2007, N<sup>o</sup> Rec. 4889/2000 (Marginal: 363027)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2007, núm. 759/2007, N<sup>o</sup> Rec. 2094/2000 (Marginal: 135726)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de mayo de 2007, núm. 544/2007, N<sup>o</sup> Rec. 1984/2000 (Marginal: 129547)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2007, núm. 465/2007, N<sup>o</sup> Rec. 1018/2000 (Marginal: 128240)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 abril de 2007, núm. 421/2007, N<sup>o</sup> Rec. 1773/2000 (Marginal: 128331)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2006, núm. 1367/2006, N<sup>o</sup> Rec. 19/2000 (Marginal: 184669)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2006, núm. 1132/2006, N<sup>o</sup> Rec. 771/2000 (Marginal: 283417)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 2006, núm. 993/2006, N<sup>o</sup> Rec. 2873/1999 (Marginal: 277211)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2006, núm. 488/2006, N<sup>o</sup> Rec. 3476/1999 (Marginal: 263179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2005, núm. 1002/2005, N<sup>o</sup> Rec. 1986/1999 (Marginal: 242971)

ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y **la intervención médica está sujeta**, como todas, **al componente aleatorio** propio de la misma, **por lo que** los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y **el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa**, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 junio 2009)".

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que **los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido**, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 abril 1994, 11 febrero 1997, 7 abril 2004, 21 octubre 2005, 4 octubre 2006, 23 mayo de 2007 y 19 julio 2013).

Estamos ante un supuesto de **medicina satisfactiva o voluntaria** en el que **se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención** que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y **con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma**, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 octubre 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.

Es el caso que hubo información y que esta ha sido calificada de correcta y suficiente en la sentencia, y no consta de la lectura de la misma que a la paciente se le prometiera el resultado.

**La promesa del resultado no es una consecuencia de la información** sino una deducción que la sentencia obtiene de la equivocada doctrina jurisprudencial con la que da respuesta al problema planteado, en el sentido de que este debía necesariamente obtenerse, porque así lo exigía el contrato al margen de la buena o mala praxis médica; criterio que es, además, contradictorio con la información recibida en la que al paciente se le advierte de los riesgos de la operación, que finalmente se materializaron, pese a lo cual decide someterse a ella. **La cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado** y si bien es cierto que su obtención es el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y la que la demandante esperaba, **el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado**, como aquí se ha hecho, **prescindiendo de la idea subjetiva de culpa**, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala”.

Podemos concluir que estamos, **en el tratamiento judicial de la responsabilidad en la medicina satisfactiva del trasplante capilar, ante una obligación de medios en la que se intensifica el deber de información sobre los riesgos.**

## EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL TRASPLANTE CAPILAR. INFORMACIÓN DE RIESGOS

**Información y consentimiento son derechos básicos del paciente** y de la relación que une al médico con su paciente, elemento esencial de la *lex artis* y **fuerza de responsabilidad cuando se vulnera o es infringido o saboteado dicho esencial derecho del paciente y correlativo deber del médico.** Y ello por la mera formalidad o por la contradicción o ligereza y falta de rigor

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2005, núm. 758/2005, Nº Rec. 1039/1999 (Marginal: 236179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 abril 2004, núm. 286/2004, Nº Rec. 821/1998 (Marginal: 158264)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de febrero de 2004, núm. 44/2004, Nº Rec. 768/1998 (Marginal: 157252)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio de 2003, núm. 784/2003, Nº Rec. 4013/1997 (Marginal: 107789)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de mayo de 2003, núm. 511/1997, Nº Rec. 3119/1997 (Marginal: 88116)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de marzo de 2000, núm. 239/2000, Nº Rec. 1694/1995 (Marginal: 2246675)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de septiembre de 1999, núm. 766/1999, Nº Rec. 3543/1995 (Marginal: 2391591)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 1998, núm. 1207/1998, Nº Rec. 2134/1994 (Marginal: 2246672)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 1995, núm. 474/1995, Nº Rec. 399/1992 (Marginal: 221775)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 abril de 1994, núm. 349/94, Nº Rec. 1876/1991 (Marginal: 70990206)

entre la información verbalizada y la documentada preventivamente sometida a la firma, como acto meramente formulario bajo el parcial o completo despistaje del paciente en la comprensión del riesgo al que se somete. Debiendo, por el contrario, ser con efectividad tratado como una obligación y un acto al que debe dedicar tiempo y esfuerzo de modo que de una forma franca y comprensible para el paciente éste pueda consentir y decidir.

**“EN LA MEDICINA SATISFACTIVA O ESTÉTICA NO ESTÁN AUSENTES NI EL FACTOR DEL RIESGO NI EL DAÑO, Y CUANDO SE LIGAN POR UN ENLACE CAUSAL EMBRIONAN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA”**



**La doctrina jurisprudencial es pacífica, constante y sin fisuras.** En ello insiste la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2015: *“La Jurisprudencia de esta Sala, de forma reiterada -STS 30 junio 2009, y las que en ella se citan-, ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 octubre 1997; 29 de mayo y 23 julio de 2003; 21 diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 abril 1994; 2 octubre 1997 y 24 mayo 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.*

Con más profundidad pero con idéntica orientación y sentido, la posterior en el tiempo STS de 24 de noviembre de 2016 (Ponente: José Antonio Seijas Quintana): *“Con reiteración ha dicho esta Sala, que el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 mayo; 23 julio 2003; 21 diciembre 2005; 15 noviembre 2006; 13 y 27 mayo 2011; 23 octubre 2015), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre*

su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. **El consentimiento informado**, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, **incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva.** En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 diciembre 1998, 17 abril 2007, rec. 1773/2000, y 30 abril 2007, rec. 1018/2000). El art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones”.

Descendiendo a la materia objeto de este trabajo, sobre el **tratamiento de los riesgos que en el trasplante capilar deben ser necesariamente informados y consentidos antes, durante y después**, nos aporta luz la Dra. Caicedo. Informa lo que debe constituir punto de partida en la relación de la prestación que es la necesaria e inesquivable cualificación, idoneidad y especialización del profesional que va a aplicar la técnica en el acto médico-quirúrgico, siendo que en ningún caso deben autorizarse en profesionales sin la cualificación y especialización para la aplicación de este acto médico.

Durante los últimos años ha aumentado la oferta de este servicio por diferentes clínicas que se han transformado en centros capilares y otras que se han creado con esa modalidad, sin tener en cuenta la idoneidad profesional. Centros en los que las intervenciones son realizadas por personal no cualificado, incluso por personal técnico capilar. De nuevo resulta oportuna la cita de la Sociedad Internacional de Restauración y Cirugía Capilar, en la medida que viene advirtiendo del mercado negro en el que clínicas *low cost* están ofreciendo tras-

“EN EL TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD EN LA MEDICINA SATISFATIVA DEL TRASPLANTE CAPILAR ESTAMOS ANTE UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS EN LA QUE SE INTENSIFICA EL DEBER DE INFORMACIÓN, EL RIESGO TIENE QUE SER DEBIDAMENTE INFORMADO, ENTENDIDO Y CONSENTIDO”

plantes capilares a precios de saldo, realizados por médicos no entrenados, auxiliares o enfermeros.

Ello está generando cada vez más complicaciones como cicatrices, afectación de la zona donante o infecciones, entre otros, que podrían, sin duda, evitarse de ser realizados por personal cualificado. Pero ocupándonos de los riesgos, **el paciente debe comprender el riesgo anestésico, que**, aunque dicha intervención se realiza con anestesia local -el paciente está consciente, solo se bloquean los nervios que se encargan de la parte sensitiva del cuero cabelludo- **pueden desencadenarse complicaciones inherentes a la actuación.** Para minimizar esto, el paciente debe informar si tiene algún tipo de alergia o intolerancia a los diferentes anestésicos más utilizados. **A continuación, se le explica al paciente los riesgos directamente relacionados con la intervención**, siendo posibles riesgos por infecciones de la zona a tratar, foliculitis, cicatrices hipertróficas (para esto se le debe preguntar al paciente si tiene tendencia a queloides y decidir si se puede realizar esta intervención o no) o lesiones vasculares, entre otras.

**Es muy importante incluir en el consentimiento la información referente al tratamiento requerido para ayudar a preservar la zona del pelo nativo**, esto es, el pelo existente. Este factor es importante,

teniendo en cuenta que el trasplante se realiza respetando el mismo, y si la alopecia no se ha estabilizado y el paciente decide no cumplir las indicaciones médicas pautadas, el pelo seguirá cayendo y puede quedar en la zona injertada tras los años solo el pelo trasplantado.

El pelo que se trasplanta tiene una información genética diferente, que hace que estos folículos no se caigan y que perduren más tiempo que el resto del pelo de la zona donante; para esto el cirujano debe respetar los márgenes

de seguridad establecidos anatómicamente que determinarán que este pelo no se va a caer. En caso de que se presenten problemas de autoinmunidad se debe informar claramente que el trasplante no está indicado.

En definitiva, **el riesgo tiene que ser debidamente informado, entendido y consentido.**

## LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA CONTRADICTORIA CON LA INFORMACIÓN DEL RIESGO CONSENTIDO

Resuelto en el apartado anterior el riesgo y su consentimiento, **no es infrecuente la confrontación contradictoria entre lo que formalmente consta informado y la publicidad que genera la oportunidad “de venta”**. Resulta de interés sobre este particular la STS de 4 de octubre de 2006, la cual analiza las secuelas sufridas por el paciente tras el tratamiento de implantación capilar artificial, consistentes en lesiones dermatológicas crónicas (piloqueratosis) que abarcan un gran área de 16 x 12 centímetros en regiones frontal posterior y parietales, con alteraciones anatómicas difusas atróficas, neofoliaciones vasculares (telangiectasias) y zonas hipocrómicas, piel adelgazada e hiperreactiva, de naturaleza crónica, que precisa protección continua, y, desde el punto de vista psicológico, aspecto deprimido, hostil y desconfiado, con ideas obsesivas y delirio moderado de contenido extraño.

Partiendo de que **se trata de un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria y que, por tanto, concurre un acentuamiento de la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención**, es hecho probado que se produjo la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria (“capaz de inducir a error al consumidor o usuario ex artículo 8 LGDCU”) en la que el escaso rigor lleva fácilmente a la conclusión de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible, aludiendo a la existencia de especialistas en cabello cuando, ciertamente, los médicos que asistían en el centro no tenían la consideración de tales. 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

“LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA HA SIDO TÍTULO DE IMPUTACIÓN CUANDO ES CAPAZ DE INDUCIR A ERROR AL PACIENTE CONSUMIDOR”



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 o prometido, y no obtenido, sería suficiente para responsabilizar al facultativo, al margen de los elementos de la causalidad y culpabilidad.**

Aunque ya hemos visto que **no pueden aislarse causalidad y culpabilidad**, estimo que **sí hay excepciones a la obligación de medios, como son aquellas, a mi juicio, en las que en el contrato de la prestación de servicios se integra la publicidad que se hace del mismo, en las que se asume un resultado sin cautelas ni reservas.** La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, con vocación de desarrollar el artículo 51 de la Constitución Española, incluyó entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios la información correcta del servicio con el fin de facilitar el adecuado consumo y regulando en el artículo 8 la publicidad. Impone en su párrafo primero un deber de información veraz en la oferta, promoción y publicidad, atribuyéndole relevancia contractual al hacer su contenido exigible, aun cuando no figurara en el documento contractual, excepto si en él se contuvieran cláusulas más beneficiosas (apartado 2º) y calificando la publicidad engañosa como fraude en el tercero.

Ya la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2011 (Sentencia nº 497/2011, rec. 1838/2007), estableció en relación al **folleto publicitario** que éste **no tiene una mera función de promoción, sino que “constituye una auténtica oferta publicitaria en tanto que se trata de una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes, y que, si cabe entender que no es oferta en sentido “estricto” (en cuanto que no recoge todos los elementos esenciales SS. 26 marzo 1993 y 28 enero 2000, entre otras), resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual (art. 1.258), dada su repercusión relevante en la formación del consentimiento”.**

**La publicidad engañosa ha sido título de imputación cuando es capaz de inducir a error al paciente consumidor**, estando éste legitimado para exigir el contenido y pres-

taciones propias del servicio que se haya ofertado, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado ni en el consentimiento otorgado, que se integrarían por aplicación del artículo 1258 del Código Civil.

## EL DAÑO Y SU RESARCIMIENTO

El acierto en la cuantificación del daño siempre es materia compleja por la dificultad que conlleva su pleno reconocimiento y las consecuencias que derivan de su parcial estimación que, por lo general, excluyen el resarcimiento en costas. En un anterior trabajo -Estudios Críticos Responsabilidad Civil. Implantes de Cabello INESE Feb 2005- abordé **el daño indemnizable** que esencialmente **viene constituido por** dos tipos de daños plenamente diferenciados. Los **daños patrimoniales**: a) la devolución de la contraprestación económica derivada del incumplimiento contractual, esto es, el precio pagado por el tratamiento; y b) daño emergente, constituido por todos aquellos gastos



## “CONVIVE EL DAÑO PATRIMONIAL, EL CORPORAL Y EL DAÑO MORAL ANTE LA AUSENCIA O INEFICAZ CONSENTIMIENTO ANTE EL TÓRPIDO RESULTADO O EL FRACASO ESTÉTICO”

o/y daños derivados del incumplimiento. **Y los daños personales**, que incluyen: a) los daños corporales -días de baja y/o secuelas- que haya podido dejar el tratamiento, en aquellos supuestos en los que además de no producir el resultado prometido o buscado, se haya producido un daño concreto derivado directamente de la intervención, y b) la indemnización del daño moral.

### A. Daños patrimoniales: reintegro del precio

Al encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad contractual, uno de los daños resarcibles a que da lugar el incumplimiento es precisamente la devolución de lo pagado. Esto es, la **contraprestación económica derivada de la contratación del servicio/obra no cumplido**. La reclamación del coste del tratamiento realizado se fundamenta en los artículos 1101, 1124 y 1544 del Código Civil.

**Y la jurisprudencia**, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 11ª, de 14 junio 2016 (Sentencia nº 329/2016, rec. 504/2015) **establece su resarcimiento cuando el fracaso del tratamiento provoca la frustración del contrato** “*resultando los servicios manifiestamente inidóneos para alcanzar el fin del contrato*”.

### B. Daños personales: indemnización de las lesiones y secuelas

El daño corporal deberá estar causalmente relacionado con el acto médico enjuiciado. Aun cuando se proclama que se está en libertad de criterio judicial en la libre valoración de la misma, la praxis forense supera esta declaración, por cuanto **lo general es que se acuda al sistema tasado que vincula**

en la responsabilidad civil en los hechos de circulación, por cuanto ha habido un **aquietamiento y adiestramiento judicial a que se alcanzan con este sistema criterios de certeza y seguridad**. En el ámbito sanitario y por el sector asegurador se ha pretendido propulsar la creación del baremo indemnizatorio del daño sanitario, pero ante la comodidad y el confort en el que se encuentran con la aplicación del sistema de valoración del daño en el hecho de circulación no parece ser tarea urgente.

**La doctrina de nuestros Tribunales determina de forma constante que es válida la aplicación del baremo como criterios orientadores, o por criterios de seguridad y certeza**, como establece entre otras, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 abril 2016 (Sentencia nº 232/2016, rec. 1741/2014), en cuanto que declara; *La jurisprudencia de esta Sala ha establecido también sin fisuras la posibilidad de utilizar las reglas del Baremo como criterios orientadores, no vinculantes, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor...*” si bien introduce un importante matiz o complemento a la anterior doctrina jurisprudencial en el sentido siguiente:

*“...La utilización de las reglas del Baremo como criterios orientadores, es decir, para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo de motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, este último, que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral”.*

### C. Daño moral

Ha sido definido jurisprudencialmente como el daño derivado de un padecimiento, impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastornos de ansiedad, impacto emocional, etc.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 8 de octubre de 2015 (Sentencia

nº 370/2015, rec. 465/2014), cita y resume la doctrina del Tribunal Supremo al establecer que “el reconocimiento del daño moral indemnizable -como ha recogido la citada sentencia de 31 mayo 2000 -requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico- sentencias de 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999 y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. -ver sentencias de 6 (sic) y 23 julio 1990, 22 mayo 1995, 19 octubre 1996, 27 enero 1998 (sic) y 12 julio y 24 septiembre 1999-..”

Que como nos enseña la ya citada y comentada sentencia de 8 de abril de 2016, **puede ser objeto de pretensión indemnizatoria autónoma a la indemnización por los daños corporales ajustado al sistema baremal tasado.**

#### D. Daño indemnizable por ausencia de consentimiento y resultado del acto quirúrgico con finalidad estética

La jurisprudencia viene otorgando distinto tratamiento en los supuestos en los que el daño corporal tiene su origen en una probada mala praxis que en aquellos otros en los que sin existir mala praxis en el acto médico-quirúrgico **no se ha informado adecuadamente al paciente de dicha posibilidad y privándole de la oportunidad de decidir.** Como acertadamente sostiene la STS de 8 de abril de 2016 “...Tanto esta Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativo del TS se ha ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”.

Suscríbese a

# ECONOMIST & JURIST

Acceso a la revista mensual digital por tan sólo **99€/año + IVA** (gastos de distribución incluidos)



Trae a un amigo a Economist & Jurist y consigue un **20%** de descuento en la factura de tu suscripción.

**Cumplimente los datos** o llame al teléfono de atención al cliente 902438834

Razón social		NIF	
Apellidos		Nombre	
Nombre y apellidos del amigo suscrito a Economist & Jurist			
Dirección	Número	C.P	Población
Provincia	Teléfono	Móvil	
Email		Fax	
Nº Cuenta			Firma
Entidad	Oficina	Control	Nº Cuenta

- Acepto que Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.L. me cargue en este número de cuenta los recibos correspondientes a la presente suscripción. IVA no incluido.
- Doy mi consentimiento para que DIFUSION JURÍDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD S.L. proceda al tratamiento de mis datos personales para facilitar información sobre productos y servicios.
- Puedes consultar nuestra política de privacidad en [www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es). DIFUSION JURIDICA Y TEMAS DE ACTUALIDAD SL con domicilio en Calle Rosa de Lima, 1 – Edif. Alba. Ofic. 101 – 28290 – Las Rozas – Madrid (España) le informa de que tras haber obtenido su consentimiento, trata sus datos para enviarle comunicaciones comerciales por medios electrónicos. Sus datos no se cederán a terceros. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición, así como, en su caso, el derecho de portabilidad y limitación del tratamiento, recogidos en el RGPD (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dirigiendo su solicitud por escrito a Calle Rosa de Lima, 1 – Edif. Alba. Ofic. 101 – 28290 – Las Rozas – Madrid (España) o bien enviando un correo electrónico a [info@economistjurist.es](mailto:info@economistjurist.es) bajo el asunto de Protección de Datos, acompañando en todo caso fotocopia de DNI o documento equivalente válido en derecho que acredite su identidad. En caso de que no se haya satisfecho el ejercicio de sus derechos puede presentar una reclamación ante la Autoridad de Control. Obtenga más información en [www.aepd.es](http://www.aepd.es). En cumplimiento de lo establecido en la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, usted puede revocar en cualquier momento el consentimiento prestado de recibir comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica equivalentes notificando dicho deseo al correo de [info@economistjurist.es](mailto:info@economistjurist.es)
- No deseo recibir comunicaciones a través de e-mail.

**Se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización** (STS 29 junio 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, **de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención**, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (SSTS 23 abril 1992; 26 septiembre 2000; 2 julio 2002; 21 octubre 2005). Así viene a reconocerlo la Sentencia que se cita por el recurrente de 4 marzo 2011.

**Cuando no existe incertidumbre causal** en los términos extremos antes expuestos, **surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento** y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 mayo 2006; 30 junio 2009 y la citada en el recurso de 16 enero 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la Sentencia de 4 marzo 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: *necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en*

*cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa* (SSTS de 12 febrero 2007, 23 mayo, 29 junio y 28 noviembre 2007; 23 octubre 2008). **Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención** (SSTS 21 octubre 2005 -cicatriz queloidea-; 10 mayo 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 febrero 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 diciembre 2006 -artrodesis-; 15 noviembre 2006 -litotricia extracorpórea-; 27 septiembre 2010 -abdominoplastia-; 30 junio 2009 -implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 julio 2008 -extirpación de tumor vesical-; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 octubre 2009 -vitrectomía-); necesidad de la intervención (SSTS 21 enero 2009 -cifoescoliosis-; 7 marzo 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy

## BIBLIOGRAFÍA [www.globaleconomistjurist.com](http://www.globaleconomistjurist.com)

### ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MONFORTE, JOSÉ DOMINGO y ESCRICHE MONZÓN, M<sup>a</sup> CARMEN. *Cirugía satisfactiva. Responsabilidad civil. Implantes del cabello*. INESE. Febrero 2005.

Disponibles en [www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es)

- GÓMEZ MENCHACA, CARLOS. *Cómo probar el error médico: Pasos a seguir*. Junio 2013. Economist&Jurist N<sup>o</sup>. 171 ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER. *La valoración del daño por falta de consentimiento informado en la práctica médica*. Diciembre-enero 2011. Economist&Jurist N<sup>o</sup> 146 ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))
- GUERRA HUERTAS, ENRIQUE. *Consentimiento informado y responsabilidad médica. Análisis jurisprudencial*. Junio 2008. Economist&Jurist N<sup>o</sup> 121 ([www.economistjurist.es](http://www.economistjurist.es))

concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 diciembre 2005 y 23 noviembre 2007 -síndrome de Down-)

Todas estas circunstancias plantean un **doble problema**: en primer lugar, **de identificación del daño**: corporal, moral y patrimonial; en segundo, **de cuantificación de la suma indemnizatoria**, que puede hacerse de la forma siguiente:

**Por los totales perjuicios causados**, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; **la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.**

Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

Como vemos y resulta de la sentencia, **pueden convivir el daño patrimonial, corporal y el daño moral ante la ausencia o ineficaz consentimiento ante el tórpido resultado o el fracaso estético.**

## CONCLUSIONES

- Los trasplantes capilares se enclavan en el ámbito de la medicina voluntaria y satisfactiva y generan una obligación medial en la que se intensifica el deber de información
- Existe un plus en el deber de información de los riesgos antes, durante y después
- El acto médico debe ser prestado por profesional médico especializado y cualificado
- La oferta publicitaria se integra en el contrato de prestación de servicios y puede conllevar, cuando se asegura el resultado, que se aplique excepcionalmente el contrato de obra y se indemnice el fracaso estético
- La restitución íntegra del perjudicado conllevará que el daño indemnizable integre el daño patrimonial, el corporal secular y el moral ante la mala praxis probada, la falta de especialización o la ausencia o ineficaz consentimiento que conlleve un tórpido y dañoso resultado, así como el fracaso estético