



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

FACULTAD DE DERECHO

**CONSENTIMIENTO INFORMADO E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN
RESPONSABILIDAD ODONTO-ESTOMATOLÓGICA.**

TESIS DOCTORAL

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DOCTORANDO: LUIS CORPAS PASTOR

DIRECTORA: DRA. ANA CAÑIZARES LASO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL,
ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO Y DERECHO ROMANO**


Málaga, 2022.





UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AUTOR: Luis Antonio Corpas Pastor

 <https://orcid.org/0000-0003-4655-532X>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es





DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña LUIS CORPAS PASTOR

Estudiante del programa de doctorado CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS de la Universidad de Málaga, autor/a de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: CONSENTIMIENTO INFORMADO E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EN RESPONSABILIDAD ODONTOESTOMATOLÓGICA

Realizada bajo la tutorización de DRA. DÑA. ANA CAÑIZARES LASO y dirección de DRA. DÑA. ANA CAÑIZARES LASO (si tuviera varios directores deberá hacer constar el nombre de todos)

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 23 de MAYO de 2022

Fdo.: LUIS CORPAS PASTOR
Doctorando/a

Tutor/a

Director/es de tesis



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Dra. Dña. Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho Civil, como directora de la tesis doctoral de Don Luis Corpas Pastor

CERTIFICA

-Que la presente tesis doctoral realizada por el doctorando Luis Corpas Pastor bajo el título *Consentimiento informado e indemnización de daños en la responsabilidad odontostomatológica* está lista para su defensa.

-Que las publicaciones que avalan la presente tesis doctoral no han sido utilizadas en tesis anteriores.

-Que la tramitación de la presente tesis se ha llevado a cabo cumpliendo con lo establecido en el Reglamento de Doctorado de la Universidad de Málaga, aprobado en el consejo de gobierno en su sesión de 9 de octubre de 2012, con las modificaciones aprobadas por el consejo de gobierno en sus sesiones de 19 de julio de 2013, 19 de junio de 2014, 13 de mayo de 2015, 27 de junio de 2016, 28 de junio de 2017, 28 de mayo de 2019 y 25 de octubre de 2019.

Y para que conste donde proceda expide la presente en Málaga, a 23 de mayo de dos mil veintidós.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

DEDICATORIA

A Patricia, mi compañera de vida; y a nuestros hijos, Laura y Luis, quienes aprendieron de pequeños que la palabra «imposible» no existe: ¡lo intentaré!



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

AGRADECIMIENTOS

A todos los que han contribuido al éxito de este trabajo.

Especialmente, a mi Tutora, *Dra. Ana Cañizares Laso*, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga, a quien agradezco su ayuda de todo tipo en la realización de este trabajo y haberme acogido bajo sus alas al aceptarme como doctorando, y también por transmitirme su amor por la enseñanza del Derecho desde un punto de vista de equilibrio científico y práctico, alentando la mejora continua durante mis estudios de posgrado, en segundo lugar, a mi compañero y amigo *Dr. Indalecio Segura Garrido*, Presidente del Ilustre Colegio Oficial de Dentistas de Almería, por su ayuda inestimable en cuanto a la recopilación de documentación institucional; y, finalmente, pero no menos importante, al *Dr. Antonio Bascones Martínez*, Catedrático de Medicina Bucal de la Universidad Complutense de Madrid, pionero en la investigación sobre el Consentimiento informado en Odontología y actual Presidente de la Real Academia de Doctores de España; quien me honra con su amistad desde hace muchísimos años.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

ÍNDICE

Página:

DEDICATORIA.....	7
AGRADECIMIENTOS.....	9
ÍNDICE.....	11
INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	15
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	47
CAPÍTULO I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	53
1.1. Concepto de consentimiento informado	62
1.2. Regulación legal del consentimiento informado	70
1.2.1. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre	71
1.2.2. El consentimiento informado en la normativa autonómica	77
1.3. Contenido del consentimiento informado en Odontología	87
1.3.1. Elemento subjetivo	89
1.3.2. Elemento objetivo	114
1.3.3. Elemento formal.....	121
1.4. Tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado	124
CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE TRATAMIENTO ODONTOLÓGICO.....	155
2.1. Cuestiones Previas: la relación dentista-paciente y el mercado dental	160
2.1.1. La relación del dentista con el destinatario de su actuación	168
2.1.2. El modelo tradicional de atención odontológica en España	174
2.1.3. Los nuevos modelos. Franquicias y macro-clínicas dentales.....	178
2.1.4. Consecuencias de la interacción del mercado con dentistas y usuarios	185
2.2. El contrato	188
2.2.1. Contrato de arrendamiento de servicios y de obra	197
2.2.2. Atipicidad contractual en la asistencia dental.....	202
2.2.3. Contrato de tratamiento odontológico	207
2.3. Contenido del contrato y naturaleza de la obligación del dentista	227
2.3.1. Contenido del contrato. Obligaciones de las partes	228
2.3.2. Naturaleza de la obligación del dentista. Referencias legales y tratamiento jurisprudencial	231
2.4. La debilitación del artículo 1257 CC: el contrato de de tratamiento odontológico y su eficacia frente a terceros	253

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD.....	267
3.1. La responsabilidad en el sistema español.....	268
3.1.1. La responsabilidad	273
3.1.2. La delimitación jurisdiccional de la responsabilidad	274
3.1.3. El régimen de la responsabilidad civil.....	284
3.2. Responsabilidad profesional sanitaria y del dentista en particular.....	321
3.2.1. Responsabilidad deontológica y administrativa	335
3.2.2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración por daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público	337
3.2.3. Responsabilidad Penal y la Responsabilidad Civil derivada del delito	342
3.2.4. La responsabilidad Civil del dentista. Problemas de delimitación	349
3.3. La seguridad jurídica tensionada en la práctica judicial.....	371
CAPÍTULO IV. EL DAÑO	377
4.1. El daño	379
4.1.1. La pérdida de oportunidad como daño indemnizable	387
4.1.2. El daño moral.....	399
4.1.3. El daño corporal.....	413
4.1.4. El daño desproporcionado	417
4.2. El daño en odontoestomatología	423
4.3. El daño dental indemnizable	425
4.3.1. Lesiones	435
4.3.2. Secuelas.....	439
CAPÍTULO V. VALORACIÓN DEL DAÑO EN ODONTOESTOMATOLOGÍA	445
5.1. La indemnización	445
5.2. El seguro de responsabilidad civil obligatorio: aseguramiento de la responsabilidad civil sanitaria personal en la Clínica dental.....	463
5.3. La valoración en términos económicos del daño bucodental como daño personal.....	467
5.4. Aplicación práctica del baremo en la valoración del daño dental.....	483
5.5. Consideraciones sobre el margen de mejora del baremo.....	485
CONCLUSIONES.....	489
BIBLIOGRAFÍA.....	493
BIBLIOGRAFÍA QUE AVALA ESTA TESIS.....	531
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	533

ABREVIATURAS

AAPP: Audiencias Provinciales.

ADA: *American Dental Association*.

AMA: *American Medical Association*.

CC: Código civil.

CCAA/CC.AA.: Comunidades Autónomas.

CCat: Código Civil de Cataluña.

CE: Constitución española de 1978.

CEDH: Convención europea de Derechos Humanos.

CELS: *Common European Sales Law*.

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.

CGCOE: Consejo General de Colegios de Odontólogos y estomatólogos de España.

CGDE: Consejo General de Dentistas de España.

COEM: Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid/Colegio de Dentistas de Madrid.

CP: Código Penal.

CPI: Cirugía y Prótesis Implantológica.

DCFR: *Draft Common Frame Rigth* (Proyecto de Marco Común de Referencia).

ECLI: identificador europeo de jurisprudencia.

END/ENDO: Endodoncia.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

EPTL: *European Principles on Tort Law*

EU: *European Union*.

FD: Fundamento de derecho.

INE: Instituto Nacional de Estadística

LAP: Ley de Autonomía del Paciente

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LCCC: Ley de contratos de crédito al consumo.

LCS: Ley de Contrato de Seguro.

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público.

LGDCU/LGDCYU: Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

TRLGDCU: Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

LGS: Ley General de Sanidad.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LRSCVM: Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor.

MUFACE: Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

PADI: Programa de Asistencia Dental Infantil.

PEL SC: *Principles of an European Law, Service Contracts.*

PETL: Principios europeos de «*Tort Law*».

POD: Periodoncia.

RAE: Real Academia Española.

RD: Real Decreto.

RDL: Real Decreto Legislativo.

RAJ: Repertorio Jurídico Aranzadi

ROJ: Repositorio Oficial de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SAS: Servicio Andaluz de Salud.

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I. El objeto de esta Tesis lo constituye el estudio del consentimiento informado en Odontología y de la responsabilidad que en este ámbito sanitario específico surge no solo por el incumplimiento del programa prestacional pactado (obligación de hacer que requiere una especial diligencia profesional), sino también por la producción de daños como consecuencia de una actividad sanitaria que, por su propia naturaleza, involucra habitualmente riesgos en la integridad del acreedor del servicio.

Ello obedece a que, en este ámbito privado concreto, a través del preceptivo consentimiento informado se crea, por lo general, un vínculo de naturaleza obligacional entre el dentista y el paciente (aunque puede construirse igualmente entre otros agentes y el paciente o usuario); es decir, un contrato¹ de naturaleza civil del cual emanan obligaciones (no solo para ambas partes, como veremos); conectado con lo que hoy, en el Derecho de contratos, se conoce como interés positivo², regla general de indemnización por daños y perjuicios en la responsabilidad derivada del incumplimiento³, que no excluye en la práctica forense el ejercicio de otras acciones indemnizatorias, como la reparación integral, cuando como consecuencia del cumplimiento –defectuoso, casi siempre– de la prestación inequívoca de la

¹ Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. 1, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 139 y ss., quien afirma que debe distinguirse cierta ambivalencia semántica de la palabra contrato, en el sentido de entender contrato como acto y el contrato como norma que incide sobre una relación jurídica patrimonial. Así, como «contrato» podemos entender el acto que los contratantes realizan, pero también se refiere al programa negocial o resultado normativo o reglamentario que debe ordenar la conducta de las partes contratantes. Avanzo que esta distinción semántica es importante a efectos de esta Tesis, pues la ordenación de las conductas (y las reglas por las que se deberían regir los contratos dependen básicamente de la autonomía de la voluntad, pero con ciertos límites: entre ellos, la Ley que debe regularlos; cosa que, como veremos, no distingue muy bien el operador jurídico en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en general y en particular, en el campo Odontoestomatológico).

² *Ibid.*, p. 235. Este interés positivo se denomina «interés de cumplimiento» o «interés de la ejecución de un contrato». Mientras que el llamado interés negativo “está determinado por la falta de validez o por la frustración del contrato y es el llamado «interés de confianza».”.

³ Cfr., GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret* 3/2007, p. 20, *online.*, www.indret.com, quien afirma que «(e)n el Derecho español, el interés contractual positivo es la regla general como indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual».

contraparte; se produce un daño en la esfera de los bienes de la personalidad⁴ en el paciente.

En ambos casos, la indemnización es compatible legalmente con la protección que, como consumidor, el Ordenamiento procura al paciente cuando este actúa en su propia esfera «familiar o personal»⁵.

El propósito de esta investigación, por tanto, consiste en profundizar en el estudio del contrato de tratamiento odontológico, las obligaciones que del mismo nacen y la responsabilidad que surge cuando se incumplen tales obligaciones contractuales, o por la producción de un daño al acreedor de la prestación dental; es decir, el estudio del resarcimiento de aquellos daños y perjuicios que hacen nacer la acción indemnizatoria en la prestación de servicios dentales; y su corolario: la concreción de una valoración económica del daño indemnizable, dada la dificultad que plantea la opción por el cumplimiento forzoso de la obligación, siendo el remedio monetario, el mayoritariamente accionado en sede judicial, habida cuenta de la dificultad de cumplimiento forzoso in natura (sobre todo, cuando se configura la prestación como infungible⁶), y de la necesidad frecuente de indemnizar daños no patrimoniales corporales y/o morales, producidos al paciente en el seno del contrato.

En suma, pretendemos realizar un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial, relativo al marco teórico del consentimiento informado en Odontología, su concepto y elementos: qué se consiente, cómo se consiente y

⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 127-129.

⁵ ATAZ LÓPEZ, J., y GARCÍA PÉREZ, C. L., (Coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 325-326.

⁶ *Cfr.*, SANTOS MORÓN, M. J., “La Responsabilidad Médica (en particular en la medicina “voluntaria”): una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret*, 1/2018, pp. 42-43, *online*, www.indret.com. Lo primero que hará un paciente será exigir al profesional el cumplimiento del contrato. Mucho más claro en el caso de un dentista, en la que suele estar muy presente la constitución de la obligación sobre las cualidades particulares del profesional (*intuitiu personae*), en opinión contraria a la de la autora que sostiene a pie de página que “la prestación de servicios médicos, salvo en casos excepcionales de intervenciones de extrema complejidad o novedad que requieran unos especiales conocimientos o aptitudes, es de carácter fungible.”. Esto no concuerda mucho con la realidad actual, en la que en la inmensa mayoría de los casos se acude a un profesional privado, con una experiencia contrastada.

con quién se consiente; así como de la responsabilidad que deriva del incumplimiento –o por el cumplimiento defectuoso de la prestación de hacer comprometida–, o bien, directamente de la producción de daño indemnizable como consecuencia de la ejecución del contrato; así como el estudio somero de los mecanismos actuales para su cuantificación. Además, es propósito de este trabajo estudiar la eficacia frente a terceros que tiene este especialísimo contrato de servicios que hemos denominado contrato de tratamiento dental, el cual se trata de un contrato civil atípico de servicios sanitarios odontoestomatológicos, del que vislumbramos una creciente migración al marco de consumo.

Es conveniente recordar que la configuración del consentimiento informado, desarrollado fundamentalmente en el Common Law, ha seguido un iter secular que tuvo una expansión extraordinaria tras la II Guerra mundial y que se enmarca en la transformación bioética de la Medicina en general y de la Odontología en particular; considerándose al paciente como sujeto autónomo en las decisiones que afectan a su integridad⁷.

Efectivamente, en los Tratados y Convenciones internacionales, a través de iniciativas internas, reconocemos su encaje en nuestro Derecho Civil. Sobre todo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre⁸

⁷ *Vid., infra*, PETROVICH, A., 1997; SIMÓN LORDA, P., 2000; COLLAZO CHAO, E., 2002, TARODO SORIA, S., 2006; QUINTERO ROA, E. M., 2013, RODRÍGUEZ MENACHO, D., 2019, entre otros.

⁸ *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* (BOE núm. 274, de 15 de noviembre), en su preámbulo, explica que después de la II Guerra Mundial, efectivamente, organizaciones internacionales, tales como *Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos* de los derechos de los pacientes. *Cfr.*, ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 A (III); OMS. OFICINA REGIONAL PARA EUROPA. *Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa*, Ámsterdam, 28-30 de marzo de 1994, EUR/ICP/HLE 121, de 28 de junio de 1994; Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor en España desde el año 2000, en virtud de la publicación de su *Instrumento de Ratificación* (BOE núm. 251, de 20 octubre 1999), y que, precisamente, se trata del “primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben”, estableciendo un “marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. [...], sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas”.

(Ley de Autonomía del paciente; en adelante, «LAP»), de la que damos buena cuenta en el capítulo primero de esta Tesis. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado en Odontología, pensamos, puede considerarse un acto médico-legal que constituye una expresión fenoménica de la autonomía de la persona natural, fruto de una previa información sobre su proceso sanitario, libre decisión sobre su derecho a su integridad corporal, con base en la comprensión racional de las alternativas posibles al procedimiento diagnóstico o terapéutico odontoestomatológico al que se refiera, y pleno conocimiento de los riesgos a los que se expone con su decisión y a los que se expone de no realizarse dicho procedimiento. Para ello, partimos del estudio de su regulación, contenido y alcance, con especial referencia a la trascendencia que tiene en un Estado Constitucional multinivel, como es España; donde confluyen regulaciones tanto autonómicas, como estatales y supranacionales que, dada la fragmentación competencial existente en nuestro país, resulta inexcusable el estudio en profundidad del tratamiento legal que dan las diferentes disposiciones autonómicas a este proceso⁹.

Voy a anticipar mi opinión expresando que el consentimiento informado, además de una exigencia ética y legal para el dentista, constituye no solo un derecho fundamental del paciente o usuario, conectado con los artículos 15 de la Constitución Española de 1978 (Derecho a la integridad física y moral) y reconocido en el artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona) de la «Carta

⁹ N.B. De acuerdo con el Reglamento vigente de los estudios de Doctorado de la Universidad de Málaga, y con el Plan de Investigación aprobado por la Comisión correspondiente, esta Tesis se encuentra avalada por diversas publicaciones, las cuales tienen la misión de exponer a la comunidad científica por medio de artículos y comunicaciones, la habilidad científica investigadora del doctorando, así como su capacidad de síntesis. Por tanto, estos mismos planteamientos podemos encontrarlos —recogidos de forma textual— en publicaciones de calidad; o que, por su gran difusión, o bien por sus propuestas de *lege ferenda* en el Derecho sanitario, hemos dado visibilidad a nuestro trabajo conscientemente, al tiempo que con ellas se pretende avalar la calidad de la investigación que hemos realizado. Aunque haremos referencias expresas a estas obras, evitaremos un uso excesivo de las citas de tales publicaciones propias, que no son sino fruto del «Plan de comunicación de resultados de la investigación», regulado en el Reglamento de Doctorado de esta Universidad. Cfr., entre otras, CORPAS PASTOR, L., “Consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica”, *RDC*, 2019, VI, núm.1, pp. 445-484; CORPAS PASTOR, L., “La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta *lege ferenda*”, *ADS*, 2019, núm. 276, pp. 1237-1240; CORPAS PASTOR, L., “La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta *lege ferenda* (II)”, *ADS*, 2020, núm. 277, pp. 7-11; *Vid.*, capítulo primero de esta Tesis (apartado 1.2.2, *El Consentimiento informado en la normativa autonómica*).

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»¹⁰; sino también alcanza su protección como uno de los derechos humanos, en cuanto se conecta con el artículo 8 (Derecho a la vida privada y familiar) del «Convenio Europeo de Derechos Humanos»¹¹ (Convenio de Roma de 1950, en adelante, CEDH).

II. En segundo lugar, hemos observado que a partir del estudio del consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica, parece surgir una relación piramidal entre el prestador y el usuario del servicio sanitario dental (dado que intervienen también otros colaboradores diferentes a las partes) y en esta relación que se establece, parecen existir ciertos elementos que podrían dotarla de una determinada naturaleza contractual especial no muy bien definida, que hemos categorizado como contrato de servicios atípico con tipicidad social¹² (que, como reflejo del hecho social que es el Derecho, cada vez más se adentra en el ámbito de consumo¹³).

¹⁰ UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, hecho en Niza, el 7 de diciembre de 2000, C 364/5, DOCCEE, de 18 de diciembre.

¹¹ CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, Publicado en España (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Además, la UE incorporó el mandato de la adhesión al CEDH, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en los términos establecidos por su Protocolo N° 8) en su versión consolidada, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007.

¹² *Cfr.*, entre otros, ampliamente, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 489; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, Madrid, 6ª Ed. Thomson-Civitas, 2009, pp. 489-491; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª. Ed., Dykinson, Madrid, 2012, pp. 360-361; LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, pp. 122-123.

¹³ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L. “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos”, *ADS*, 2018, Núm. 262, pp. 837-882; CORPAS PASTOR, L. “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos (II)”, *ADS*, 2018, Núm. 263, pp. 1017-1023; CORPAS PASTOR, L. “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos (III)”, *ADS*, 2018, núm. 264, pp. 1024-1034. Evidentemente, el Consentimiento informado, veremos, es algo más (pero nunca algo menos) que el consentimiento del artículo 1258 CC. Es decir, como acto médico-legal vincula íntimamente a quien lo emite –pero también a quien informa– más extensamente que como indica el artículo 1257 CC, pero con toda la intensidad que supone una obligación nacida en la forma que se expresa en el artículo 1089 CC; pero con la fuerza legal que le da el artículo 1258 CC, *in fine*. Esto es, el consentimiento informado obliga no solo a lo pactado, sino también a todas sus consecuencias que, entre otras, sean conformes a la Ley, incluyendo las derivadas del artículo 1091 CC y ss., en concreto a las obligaciones a las cuales se remite en el 1093 CC, en sede del Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto del Código Civil, e implícitamente, a la legislación de consumo.

Como hemos comunicado anteriormente, pensamos que “el Derecho ha traído a la actividad sanitaria el Consentimiento informado como una expresión de la voluntad de éste de permitir una alteración de su integridad física, desde un punto de vista más que contractual. La actividad sanitaria como contrato es lo que ha llevado la Medicina al Derecho, donde se une junto con la ética y la moral, a la *lex artis*¹⁴ para constituir una especialísima rama jurídica: el Derecho Sanitario”¹⁵.

A través de una inferencia extraída de la LAP y como hemos afirmado en trabajos anteriores, “el dentista se sitúa como garante del derecho a la información en los procesos asistenciales bucodentales y es éste quien debe brindar la información veraz sobre los riesgos y alternativas de tratamiento [...] sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales, de aplicación a los demás profesionales que intervienen en la asistencia dental”¹⁶. Sea ésta en el ámbito público o privado, tanto en sede de medicina satisfactiva o voluntaria, como necesaria o curativa¹⁷.

En esta investigación nos hemos centrado preferentemente en la relación más frecuente que se da en la actualidad: la relación tradicional privada, en la

¹⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., *La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*: (especial juego de la “Lex artis ad hoc”), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 10 y ss. La *lex artis* es la norma de conducta que exige buen comportamiento profesional, aplicada al caso concreto sería la *lex artis ad hoc*. Describe el autor sus notas: «regla de medición» de una conducta, a tenor de unos baremos, con el objetivo de valorar la «conformidad» de la conducta con la técnica normal requerida o adecuada, «técnica» o principios o normas de la profesión, «profesionalidad» porque se trata de la conducta de un profesional, «módulos de integración axiológica» (circunstancias personales –especialidad-, objeto –clase de intervención, o de sus consecuencias) y finalmente, la concreción de cada acto médico o presupuesto ad hoc (puesto que en la profesión médica “esa lex, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto”).

¹⁵ *Vid.*, nota núm. 9. *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 448.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 445-484.

¹⁷ ELIZARI URTANSUN, L., Reflexiones en torno a la distinción entre medicina satisfactiva y medicina curativa y sus consecuencias, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 52, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 321. La distinción entre ambas, pese a una doctrina jurisprudencial machacona y reiterativa acerca de la mayor intensidad de información que requiere la voluntaria, carece «de incidencia práctica en la jurisprudencia más reciente, que enjuicia la información suministrada al paciente en cuanto a los riesgos generales de la intervención, la posibilidad de un mal resultado [...] un mal resultado estético, o las alternativas disponibles al tratamiento, considerándose adecuada si comprendió dichos aspectos».

que un paciente acude a una clínica dental, atendida directamente por un dentista¹⁸.

Si observamos la relación médico-paciente como el fundamento de la práctica clínica, que “se sustenta en una serie de principios y valores compartidos por las dos partes involucradas y que son la confidencialidad, la veracidad, la fidelidad y la privacidad, así como las habilidades del profesional para comunicarse con el paciente y generar confianza”¹⁹, la relación paciente-dentista, no difiere en absoluto de la relación médico-paciente. Se puede afirmar que son «dos caras de una misma moneda»: “de la misma forma que el paciente tiene el derecho a esperar tener acceso a una buena atención dental, información adecuada, privacidad y confidencialidad de su dentista, también tiene derecho a esperar que su dentista tenga presentes sus mejores intereses. Una forma en que el dentista puede expresar esto es manteniendo buenos registros dentales e historia clínica, incluyendo el registro del Consentimiento informado, que es una exigencia ética y legal que protege no solo al dentista sino también al paciente”²⁰.

El problema que hemos identificado —tal y como sostiene Lifshitz— es que los pacientes van “adquiriendo cada vez más comportamientos de consumidor, [...] selecciona entre varias ofertas, busca paquetes, acecha oportunidades, compara precios y servicios y elige según un mercado”²¹.

¹⁸ El artículo 3 del *Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio. por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental*. (BOE núm. 215, de 8 de septiembre), determina que «las consultas dentales estarán atendidas directa y personalmente por un Odontólogo o Estomatólogo».

¹⁹ LIFSHITZ, A., “La relación médico-paciente en una sociedad en transformación”, *Acta Médica*, Grupo Ángeles, 2003, pp. 59 y ss.

²⁰ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op., cit.*, pp. 449-450. *Vid.*, nota núm. 9. *Cfr.*, CGCD, *Código español de ética y deontología dental*. Texto aprobado por Acuerdo de la Asamblea General, celebrada los días 9 y 10 de julio de 1999 (Acuerdo AA17/1999). Texto consolidado vigente a partir de junio de 2012, online, <https://www.consejodentistas.es/>.

²¹ LIFSHITZ, A., 2003, *op., cit.*, p. 59.

Los consumidores dentales son hoy, como predijo Sartori, cibernautas prácticos y han evolucionado desde el Homo sapiens al Homo videns²²: el paciente ya no solo consulta con otro profesional, sino que “se orienta y documenta a través de internet”²³, información multicanal que lo influencia, en definitiva, los pacientes no son como antes.

Por tanto, no resulta descabellado pensar que quizás esta conducta observada del paciente como consumidor, junto con las necesidades de celeridad del tráfico, haya influido en la evolución del contrato de tratamiento odontológico hacia su concepción moderna que vislumbramos como contrato de servicios sui generis, cuyo objeto comprende una actividad diagnóstica o terapéutica dental, que se celebra habitualmente entre el paciente y el dentista y cuyas especialísimas prestaciones son de carácter variable, el cual genera obligaciones de medios o de resultado, como asegura nuestro Tribunal Supremo, en función de las prestaciones comprometidas con el paciente (distinción que creemos ampliamente superada en la actualidad en este ámbito específico y que, además, es contraria a toda lógica, cuando nos acercamos a unos servicios sanitarios que tienen un componente intrínseco de aleatoriedad en el paciente y en los que asegurar un resultado no resulta opción viable, pues la propia variabilidad biológica hará imposible tal aseguramiento).

Desde este punto de vista, lo más natural es observar la relación comercial programada en el «contrato de tratamiento odontológico», como una mera actividad prestacional diligente de hacer, sin aseguramiento alguno de resultado²⁴, cuyo contenido prestacional por parte del dentista tiene fundamentalmente una consideración de mera actividad.

²² Cfr., SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad teledirigida*, 1998, 2ª Ed. Taurus-Alfaguara, Buenos Aires, 1998, p. 54.

²³ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial”, *Cad. Ibero Am. Direito Sanit.*, 2013, 2 (2), p. 748.

²⁴ Cfr., JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ed. Olejnik, Santiago-Chile, 2019, pp. 108 y ss. Como nosotros decimos más adelante: *el resultado siempre está ahí*. De acuerdo con nuestra concepción, afirma el autor “es evidente que todo paciente racional [...] desea un desenlace afortunado, al punto que el fin práctico que lo induce a contratar –los servicios galénicos– finca en su mejoría, en su curación, restablecimiento o sanación”, en cita a pie de página, este autor afirma lo que es un clamor en cuanto a la doctrina actual: “(e)l resultado final, no es debido *in obligatione*, en tratándose de las obligaciones de medio, conforme lo que explicita el

Otro aspecto interesante de las obligaciones que nacen de este contrato tiene que ver con el carácter fungible o infungible, de la prestación de hacer del dentista, que, ante un incumplimiento, lo primero que hará el acreedor será ejercitar la acción de cumplimiento. Lo habitual será que el dentista/deudor cumpla con ella de forma extrajudicial. Es cuando no responde, es decir, cuando el profesional no cumple con su prestación de hacer personalísima –o no–, donde comienzan los problemas; que, en sede judicial, y en nuestro sistema, se debería indemnizar el interés positivo del contrato, y únicamente en el caso que no pudiera cumplir el deudor, ni fuera posible éste ser compelido coactivamente al cumplimiento forzoso, podría tornarse en una acción indemnizatoria, como sostiene Díez-Picazo, con cita del artículo 1124 CC, en relación a las obligaciones sinalagmáticas: cómo en el cumplimiento defectuoso (pensemos en que el deudor hubiera repetido por segunda vez el procedimiento sin haber logrado la satisfacción del interés del acreedor), éste dispone de la acción de cumplimiento en forma específica. “Dispone, además, de la acción para exigir los daños y perjuicios cuando los defectos le sean imputables al deudor”, o la “posibilidad de un reajuste o reducción de la contraprestación que adecúe ésta al valor real de la prestación ejecutada defectuosamente”. Y, llegado el caso, “es necesario admitir igualmente la posibilidad de que el acreedor demande la resolución del vínculo obligacional”, que tiene “un alcance excepcional y requiere [...] una frustración total o parcial del contrato” (es decir, que la prestación defectuosa no sirva al fin al que se le había destinado o que el interés del acreedor en la resolución sea conforme a derecho)²⁵. Es entonces cuando cabe cuantificar el daño contractual en el interés del acreedor, es decir, del paciente.

profesor italiano LUIGI MEGNONI, quien además, precisa que, el [...] objeto de las obligaciones de medios es únicamente un comportamiento calificado por un cierto grado de conveniencia y utilidad, en el cual dicho resultado[...] no está de por sí comprometido en la órbita de la relación obligatoria”. [Vid., MEGNONI, L., “Obligazioni ‘di Risultato’ e ‘Obligazioni di Mezzi’”, *Riv. Diritto Commerciale, parte I*, Milán, 1954, pp. 190 y 191.].

²⁵ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*. 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 704. Aclara el autor que el Tribunal Supremo admite “que si la ejecución de una prestación había sido tan defectuosa que «resulta frustrada la finalidad perseguida por el negocio y el consiguiente interés del acreedor», en las obligaciones sinalagmáticas es posible actuar (art. 1124 CC) exigiendo que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo.” Y “que el denominado *cumplimiento irregular o defectuoso* no produce la ineficacia del sinalagma

El planteamiento que pretendemos formular reside en “focalizar en la problemática actual del ejercicio de la profesión de dentista en nuestro país y las particularidades del Consentimiento informado en esta esfera, su relación con este panorama cambiante, al que no ha sido ajeno el protagonista principal de la profesión dental: el paciente”²⁶.

Por otra parte, como estudiaremos en el capítulo segundo de esta Tesis, el «contrato de tratamiento odontológico» pareciera encontrarse dentro del grupo de los «contratos principales», atendiendo a la clasificación que Castán Tobeñas con la que resume la doctrina española clásica, la cual distinguía tres grandes grupos de contratos: los preparatorios, los principales y los accesorios²⁷.

El problema de este contrato es que, difícilmente puede identificarse su naturaleza por su denominación, ya que ambas son mutables.

Esto es así porque a partir del acuerdo de voluntades entre el dentista y el destinatario de sus servicios, gracias a la autonomía de la voluntad que propugna el artículo 1255 CC, se produce un contrato, como determina el artículo 1254 CC –cuya forma resulta indiferente a tenor del artículo 1278 CC–, del cual surgen una serie de obligaciones según enuncia el artículo 1089 CC.

Siendo obvio que del concurso de voluntades puede surgir un contrato, resulta también más que evidente que del consentimiento informado (pueda surgir un especial contrato, no solo por su objeto, que, recordemos, tiene que ser lícito para ser válido²⁸ (tendremos que convenir que cuando menos, parece

contractual y sí sólo la posibilidad de instar una ejecución complementaria correcta o una reducción del montante de la contraprestación debida.”.

²⁶ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op., cit.*, p. 450. *Vid.*, nota núm. 9.

²⁷ *Cfr.*, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988a, pp. 9-15.

²⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, Tomo Tercero. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988b, pp. 530-531. Como sabemos, además reunir los requisitos de “ser real o posible” y “determinado o susceptible de

sospechoso que dejarse intervenir e invadir la propia integridad física y moral pueda ser objeto de un contrato, por muy atípico que se quiera catalogar), sino porque dada la especial complejidad contractual que puede vislumbrarse, tras un contrato de tratamiento odontológico se esconden en ocasiones una serie de contratos conexos²⁹ (algunos bien definidos y tipificados, como los contratos de crédito al consumo³⁰; pero otros no muy bien estudiados y cuya naturaleza y efectos resultan imprescindibles para cumplir el programa prestacional), como abordaremos en el capítulo segundo de esta Tesis.

El contrato de tratamiento odontológico, definitivamente, no es tan simple como un contrato de arrendamiento de servicios, puesto que existe un sinfín de posibilidades dependiendo de cómo se configure el programa prestacional, tanto objetiva como subjetivamente: habrá contrato entre dentista y paciente, o entre éste y el centro sanitario, o bien existirá una relación privada entre paciente y contraparte, que consistirá en la realización de un diagnóstico o tratamiento determinado (una mera actividad prestacional, –evidentemente, orientada hacia un resultado–), pero en el que intervienen múltiples actores, unas veces dependientes y otras no, del deudor principal.

Hay que tener en cuenta, desde el punto de vista de la responsabilidad civil de los colaboradores del dentista, la importancia de diferenciar dos categorías abstractas, que, si bien son parecidas, la naturaleza de su dependencia o no con el principal va a procurarles un régimen, en principio, diferente. Nos referimos en primer lugar, a los colaboradores dependientes del principal (por ejemplo, cuando se trata de técnicos auxiliares de clínica,

determinación “, debe ser lícito. [N.B. La cita literal contiene una «errata» cuando enumera los requisitos para la validez del contrato. Dice: “2º Que sea *illicito*” (p. 531)].

²⁹ *Vid.*, ampliamente, LÓPEZ FRÍAS, A., Los contratos conexos: estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal, Bosch, Barcelona, 1994, 371 pp. *Cfr.*, CARRASCO PERERA, Á., “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la directiva de derechos de los consumidores”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 329. El autor se refiere a ellos como “la coligación contractual”, en referencia a la conexión entre el contrato subyacente y el contrato de financiación, cuando describe el “sistema de remedios contractuales específicos de consumo”, en sede específica de consumidores y más concretamente, en la legislación de crédito al consumo.

³⁰ *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo* (BOE núm. 151, de 25 de junio).

Higienistas dentales, y otros colaboradores); de cuyos actos, como veremos, va a responder el dentista, en principio, por responsabilidad objetiva/responsabilidad por hecho ajeno, del artículo 1903 CC y, en segundo lugar, a los colaboradores independientes del dentista (vgr. “los otros” profesionales sanitarios que ayudan o colaboran con el dentista, sean otros profesionales especialistas³¹, o bien, Protésicos dentales³², etc.). En cuanto a estos últimos (profesionales sanitarios, en función de lo establecido en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, de acuerdo con la Ley 10/1986, de 17 de marzo sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental), se corresponderían con la categoría del “contratista independiente”³³ no integrado en la estructura organizativa de la empresa, en caso de actividad comercial.

Como sostiene Martín Casals, la «clave de la distinción» entre ambos tipos de colaborador del dentista –con diferente régimen jurídico aplicable en cuanto a responsabilidad–, “se halla en la supervisión y control que uno ejerce sobre otro”³⁴, como ocurre en los casos del Auxiliar o el Higienista dental y no, en cambio, en el contratista independiente (por ejemplo, los especialistas colaboradores externos del dentista en su ejercicio profesional individual e independiente, o bien, en el caso del Protésico dental³⁵). Todo ello, veremos,

³¹ *N.B.* Aunque expondremos más adelante la existencia en la práctica de especialidades dentales (legalmente, inexistentes), avancemos por ahora que, actualmente, las únicas «especialidades dentales» que existen legalmente a en nuestro país se encuentran dentro de la Sanidad militar. *Cfr.*, Ministerio de Defensa. Orden DEF/2892/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen las especialidades complementarias del Cuerpo Militar de Sanidad (BOE. núm. 6, de 7 de enero de 2016). Hoy por hoy, reconocidas oficialmente en España y limitadas a la Sanidad Militar, son únicamente las siguientes «especialidades»: Cirugía y Prótesis Implantológica (“CPI”), Endodoncia (“END”) y Periodoncia (“POD”).

³² *Vid.*, SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad europea*, Consejo de Universidades, Madrid, 1988, p. 102. *Cfr.*, Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental (BOE núm. 68, de 20 de marzo), en su dicción literal, “regula”, “reconoce” y “crea”, respectivamente, las profesiones de Odontólogo, Protésico dental e Higienista dental.

³³ *Vid.*, MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los «Principios del Derecho europeo de la responsabilidad civil»”, *InDret*, 2/2005, p. 18.

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* (BOE núm. 177 de 25 de julio), en lo relativo al Protésico dental, el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, establece la incompatibilidad del ejercicio clínico de la Odontología con la elaboración de prótesis dentales, cuando dice en su artículo 4. (Garantías de independencia); párrafo primero: “Sin perjuicio de las

tiene gran trascendencia por la necesidad de contar con un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio privado de la profesión de dentista que viene exigida por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias³⁶.

Dada la complejidad, y la amplia casuística que podemos encontrar, quizás por eso pocos estudios han abordado hasta ahora en profundidad el contrato de tratamiento odontológico.

Avanzamos, por ahora, nuestra opinión acerca de las diversas actividades que comprende este contrato (de prevención, diagnóstico, tratamiento y de prescripción farmacológica y de otros productos protésicos fabricados por ciertos profesionales técnicos), relativas a las enfermedades y anomalías de los dientes y otros anexos de la cavidad bucal de una persona natural que lo consiente y que se lleva a cabo necesariamente por un dentista; pero en el que pueden intervenir otros profesionales sanitarios diferentes (dependientes o independientes del principal). Lo cual no deja de tener su importancia, como veremos en relación tanto al reparto del riesgo, como –sobre todo– de la responsabilidad.

incompatibilidades establecidas para el ejercicio de actividades públicas, el ejercicio clínico de la medicina, de la odontología, de la veterinaria, así como de otras profesiones sanitarias con facultad para prescribir o indicar la dispensación de los medicamentos, será incompatible con cualquier clase de intereses económicos directos derivados de la fabricación, elaboración, distribución, intermediación y comercialización de los medicamentos y productos sanitarios.”. Por tanto, el Protésico dental es un profesional sanitario independiente, pero la colocación en boca de la prótesis dental (que la tiene vedada), así como su indicación y diseño, que corresponden al dentista; por lo que una eventual acción de responsabilidad siempre se puede redirigir a culpa *in eligendo* o *in vigilando* contra el dentista (o bien, directamente por negligencia en el cumplimiento de la obligación que tiene de supervisar el producto sanitario que le ha sido suministrado, a la hora de su colocación al paciente).

³⁶ Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 de noviembre). Vid., LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley Madrid, 2010, pp. 219-222. Comenta el autor que esta ley ha sido tildada de incontinencia legislativa, literalmente de «diarrea», y que la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, fruto de esta ley, la que “suscita algunas sombras y dudas al respecto. La principal, derivada de la estrecha conexión que siempre ha existido entre responsabilidad objetiva y seguro obligatorio, allí donde, casi con criterios de excepcionalidad, más intensamente se sigue exigiendo la existencia de culpa como criterio de imputación”. Veremos más adelante que ha tenido un efecto pernicioso e inaceptable, como es convertirse el propio seguro en criterio de imputación de la responsabilidad sanitaria...

III. A este problema de la responsabilidad nos enfrentamos directamente en el capítulo tercero de la Tesis. Brevemente, acudiremos a la responsabilidad profesional sanitaria en general (y, particularmente, la del dentista).

Sobre la institución de la responsabilidad, que goza de cierta naturaleza polisémica y es un concepto jurídico algo ambiguo, ésta adquiere varios significados: el principal, expresa “un juicio de valor negativo” o “reproche jurídico” sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado, con la consecuencia jurídica de reparar el daño, una vez imputada la responsabilidad mediante dicho reproche³⁷.

La producción de daños dimanantes del contrato de tratamiento odontológico al consumidor (destinatario final³⁸ de los servicios), a consecuencia de la actividad desplegada como consecuencia del programa contractual, dará lugar a responsabilidad directa del dentista, bien por hecho propio, bien por hecho ajeno.

Debido a que no existe, según sostiene Macía Morillo, una “regulación especial para la responsabilidad médica, su regulación ha de someterse a las reglas generales” de la figura de la responsabilidad civil, que, clásicamente en España, tales reglas generales incluyen cuatro regulaciones distintas: “la contractual (artículos 1101-1107 Cc), la extracontractual (artículos 1902-1910 Cc), la civil derivada de delito (artículos 109-122 Cp) y la civil de la Administración)”³⁹, o «patrimonial» –que actualmente, se correspondería con la regulación establecida en la Sección 1ª, del Capítulo IV, del Título Preliminar de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y en los preceptos correspondientes de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

³⁷ SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, *AFDUAM*, 2000; p. 54.

³⁸ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 164-165.

³⁹ MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: (las llamadas acciones de “wrongful birth” y “wrongful life”)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005. Capítulo II, *Los sistemas de responsabilidad y su aplicación a las acciones de wrongful birth y wrongful life*, pp. 145-207. Añadiríamos nosotros, la regulación del régimen de responsabilidad civil especial contenida en la legislación de consumo, cuyas acciones son compatibles con las anteriores.

Públicas⁴⁰-. Adelantamos que en la responsabilidad patrimonial de la Administración hay que tener en cuenta dos fenómenos anómalos: el primero de ellos, que cambia por arte de magia la jurisdicción competente, cuando se actúa por acción directa (a la que nos referiremos más adelante con mayor extensión), ejercitada contra la aseguradora de la Administración únicamente, llevándonos a la jurisdicción civil, en lugar de a la lenta y absurda prolongación de la administración que constituye la jurisdicción Contencioso-Administrativa; y el segundo, la vía de regreso, de la que dispone la Administración para actuar contra el sanitario “culpable”, rara vez utilizada por la Administración⁴¹.

Debido a la atipicidad del contrato que une al dentista con el destinatario de sus tratamientos, en Odontología, aquél sí responderá generalmente por los daños ocasionados por el especialista externo/contratista independiente (o suministrador mercantil de unos servicios profesionales), en principio, porque dentro del contrato de tratamiento dental, generalmente, son partes –exclusivamente– el dentista (o el centro sanitario, en su caso) y el paciente. El dentista, como veremos, en el caso de daño producido por el colaborador independiente, es posible que pueda responder por responsabilidad contractual y extracontractual a la vez: no sólo por el principio de relatividad del contrato

⁴⁰ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm.236, de 2 de octubre). El artículo 61.4 especifica el inicio del procedimiento por el interesado; el artículo 68 contempla el inicio por otro órgano, siempre que no haya prescrito; el artículo 67 estipula, precisamente, en un año este plazo; y, por otro lado, el contenido de la solicitud. *Vid.*, artículos 35 (sobre la exigencia de motivación en las propuestas de resolución) y 24 (sobre el valor desestimatorio del silencio administrativo en este tipo de procedimientos).

⁴¹ *Cfr.*, DOMÉNECH PASCUAL, G., “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret*, 2/2008, 20 pp. El autor se refiere a esta figura, parafraseando a DÍEZ SÁNCHEZ (2007), cuando afirma: “Se ha dicho, no obstante, que este «bonito florero» jurídico permite «tranquilizar conciencias» y «advertir que el Derecho ofrece un arsenal completo (de cierre) de la exigencia de responsabilidades» “. Añade lacónicamente “que ni para eso sirve. Es más, el mantenimiento de este elemento decorativo puede producir efectos perversos, contraproducentes. Ni los funcionarios ni los ciudadanos merecen que se les tenga por tontos. Es probable que al cabo del tiempo acaben cayendo en la cuenta de que la acción de regreso no existe realmente. Llegado el momento, la misma ya no tendrá eficacia disuasoria alguna sobre la conducta de los funcionarios, ni tranquilizará conciencias, y nadie seguirá creyendo que el Derecho ofrece un arsenal completo de exigencia de responsabilidades. [...]. Puede provocar que los ciudadanos se sientan defraudados por las autoridades administrativas, que aumente su desconfianza en ellas, que se acentúe su impresión de que éstas actúan corrupta, corporativista e irresponsablemente, persiguiendo su beneficio privado en detrimento del interés general, que las mismas pierdan legitimidad. Puede producir, además, un cierto «efecto contagio» propiciando, por ejemplo, que no se exija responsabilidad a los funcionarios por los daños que hayan causado dolosamente, o que no se ejerza como es debido la potestad disciplinaria ante la comisión de imprudencias tipificadas como infracciones”.

que tiene con el paciente (artículo 1257 CC), sino por culpa in eligendo ex artículo 1903 CC, pues es el dentista –y no el usuario– quien elige al especialista (contratista independiente externo) que colabora con él; al igual que en el caso del Protésico dental⁴², ya que en la práctica, no es el usuario quien elige al protésico, sino que es el dentista quien lo selecciona. Probablemente, no lo sería por culpa in vigilando, porque como acabamos de ver, la diferencia entre el contratista independiente y el auxiliar es, precisamente, la presencia o ausencia de supervisión y control del principal sobre el auxiliar. Control que no parece ser la razón de ser de la relación externa al contrato, que existe entre el colaborador independiente (especialista externo o interno, pero independiente) y el principal (dentista); sin perjuicio de que éste último podrá repercutir sobre el colaborador externo independiente, la indemnización correspondiente, ex artículo 1904 CC.

Concretamente, estudiaremos la responsabilidad civil contractual (pero también la extracontractual porque, veremos que, en demasiadas ocasiones, se trasvasan las normas de ambos ámbitos en una supuesta yuxtaposición de responsabilidades o unidad de culpa civil, que no es más que un artilugio jurisdiccional creado para dar una compensación al perjudicado ante la producción de daños como consecuencia de la actividad sanitaria), con un acercamiento a un terreno pantanoso, como es la aplicación; o, mejor dicho, la «inaplicación contra legem» que los tribunales hacen de la legislación de consumidores y usuarios en cuanto a la responsabilidad establecida específicamente para los servicios sanitarios, fundamentalmente en los artículos 147 y 148 del el RDL 1/2007⁴³ (en adelante, «TRLGDCU»). Concretamente, la vía del artículo 148 (donde se puede acudir para solicitar

⁴² *N.B.* Legalmente, el Protésico dentales un «profesional sanitario», Técnico superior de Formación Profesional, a tenor del artículo segundo de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, que –teóricamente– debe ser elegido por parte del usuario; la realidad es distinta: en la práctica, lo elige el dentista debido a múltiples factores que escapan al objeto de este trabajo (entre estas razones se encuentra la tradición, razones de confianza o calidad contrastada por el dentista, la mayor o menor disponibilidad/saturación de uno u otro laboratorio, por nombrar algunas). La situación es análoga a la del Procurador, que, generalmente quien lo elige es el Abogado, y no el cliente...

⁴³ *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* (BOE núm. 287, de 30 de noviembre).

una indemnización) está limitada jurisprudencialmente tan solo a aspectos organizativos o de funcionamiento de los centros sanitarios. Hay que señalar, al respecto, que en su artículo 147, el TRLGDCU no solo establece un régimen de protección a los consumidores y usuarios frente a los daños que sean consecuencia de las actividades de “los prestadores de servicios”, sino que sienta presunción de culpabilidad de estos últimos, que solo podrán exonerarse si pueden probar “que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”⁴⁴, como desarrollaremos en el capítulo segundo de esta Tesis. Ya hace mucho tiempo, Domínguez Luelmo advertía de la posible aplicación de la Ley de Defensa de los consumidores y usuarios en casos de responsabilidad sanitaria, por cuanto en la redacción de la LAP afirma en su artículo 1 que su objeto es la regulación de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios⁴⁵; término cuya inclusión, decía, “debe ser valorada muy positivamente, dado que permite acudir en algunos aspectos a la normativa protectora” de los consumidores y usuarios, en la indemnización por daños y perjuicios, de la que su aplicación, tras varias resoluciones del Tribunal Supremo, reconocía que debía restringirse a los centros sanitarios, no a los profesionales⁴⁶.

La responsabilidad que nace del incumplimiento de las obligaciones contractuales, pero también aquella en la que existe daño odontoestomatológico (y la regulación del régimen de responsabilidad civil especial contenida en la legislación de consumo, cuyas acciones son compatibles con las anteriores, en virtud de lo dispuesto en el TRLGDCU⁴⁷),

⁴⁴ Cfr., ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 321.

⁴⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. 2ª Ed. Lex Nova, Madrid 2007, pp. 194 y ss.

⁴⁶ *Ídem.*, N. B. Ya veremos que “cuando el dentista es trabajador por cuenta propia, autónomo, es en sí una empresa [...] y que el centro sanitario denominado *clínica dental* debe ser gestionado y *dirigido personalmente por un dentista*”.

⁴⁷ Vid., BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 89. El autor afirma “que para un sector de la doctrina científica constituye una responsabilidad objetiva plena, y para otro, supone una responsabilidad por riesgo creado, [...]” (artículo 148) que “determina que, en todo caso, están sometidos a esta forma de

son los aspectos que abordamos en el seno de esta investigación⁴⁸, para concluir con un apartado final relativo a la valoración del daño.

En el contrato de tratamiento odontológico nos encontramos ante una prestación de mera actividad, pero muy cualificada, puesto que el prestador de los servicios ha comprometido una obligación de hacer, que –dejando al lado ahora si se trata, o no, de una prestación infungible–, integra indubitadamente el consentimiento informado, como estándar de diligencia, en todo caso. Es necesario recordar que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia, sitúan mayoritariamente el consentimiento informado dentro de la *lex artis* y “cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado”⁴⁹. Tanto es así que, para Gallardo Castillo, el consentimiento informado, parte integrante de la *lex artis*⁵⁰, se considera a veces un “instrumento de exclusión de la

responsabilidad, entre otros, «los servicios sanitarios»“; para luego, justificar que es a los aspectos técnicos, de calidad, “naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos” son los que hubiera tenido el facultativo que desconocer para que fuera de aplicación.

⁴⁸ *Vid.*, ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia”, *DS*, 9 (1), 2001, pp. 35-50. Lo problemático es que, veremos, en la jurisprudencia no se distingue muy bien el régimen normativo por el cual se concede la indemnización en sede de responsabilidad sanitaria: hace mucho tiempo, se exponían muchas de las cuestiones del «debate en el mundo de la responsabilidad civil de las profesiones sanitarias» alguna de las cuales, quizás levemente rocamos, con objetiva intención, en el seno de esta investigación, como por ejemplo la tendencia de la jurisprudencia a mezclar regímenes normativos que deberían responder a pretensiones jurídicas diferentes, mediante el recurso a artilugios como la «unidad de culpa civil». Pero no todo es malo: la jurisprudencia distingue (extralimitándose hasta más allá de la ley, en ocasiones, por cierto) las obligaciones del profesional sanitario, pero “endosa” obligación de resultado a profesionales sanitarios (cirujanos estéticos y dentistas, fundamentalmente) durante ciertas etapas, con lo que el faro interpretativo parece sacado de un campo de concentración, más que del razonamiento humano y de la «cursi» *lex artis ad hoc*. Otro asunto en el que incidiremos es el *onus probandi* en la culpa sanitaria y la siguiente valla de la carrera de obstáculos: la prueba del nexo de la causalidad, donde aparecen ciertos artilugios para conectar causalmente un daño a una conducta sospechosa que hace temblar, a veces, el Estado de Derecho... Este autor vislumbró los regímenes por los cuales se podría ver resueltas «las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio sanitario» en el futuro y añadimos nosotros: si el legislador ha dejado claro el interés constitucional de defensa en materia de consumo, ¿por qué se relega la aplicación de la responsabilidad por daños a los usuarios de los servicios sanitarios únicamente a aspectos organizativos y de funcionamiento?

⁴⁹ *Cfr.*, por todos, GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, séptima ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2020, pp. 750-751. Sin embargo, hay autores que no comparten esta apreciación, mostrándose «en desacuerdo» con que se considere que la *lex artis* contenga el consentimiento informado. (*Cfr.*, ROVIRA VIÑAS, A. *Autonomía personal y tratamiento médico, una aproximación constitucional al Consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 44-48).

⁵⁰ GALLARDO CASTILLO, M. J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 93.

responsabilidad, que no siendo más que una exigencia del Ordenamiento Jurídico a la persona, se ha convertido en la piedra donde se pretende sustentar la responsabilidad médica y hospitalaria del siglo XXI [...] basada en la exclusión de la culpabilidad, al legitimar el acto médico”⁵¹.

Pero esto no significa, siguiendo a Galán Cortés, que el consentimiento informado sea patente de corso, pues “la mala praxis no se halla amparada por ningún documento de consentimiento informado” con cita de las STSS, Sala 1ª, de 28 de julio de 1997 y Sala 3ª, Secc. 6ª, de 7 de junio de 2001⁵². Esto quiere decir que el contenido del consentimiento informado debe abarcar los «riesgos inherentes» a cualquier intervención en una correcta praxis, siempre que los mismos se hayan informado adecuadamente con anterioridad a dicha intervención. Es decir, el dentista está obligado legalmente a integrar el consentimiento informado en su actividad convencionalmente configurada, por mor del artículo 1258 CC y de exigencias normativas residenciadas en múltiples disposiciones multinivel. De otra forma, el deudor estaría incumpliendo el contrato por no desplegar su actividad prestacional tal y como exige el Ordenamiento.

Por lo tanto, incumpliendo los deberes de información inherentes al consentimiento informado, e incluso ante la ausencia del mismo, estaremos, como corolario, ante un «incumplimiento» de las obligaciones contractuales del deudor de tal prestación. Esto enlaza con la trascendencia que se les ha dado a los supuestos de ausencia o insuficiencia de consentimiento informado en el ámbito sanitario en general, y el odontológico en particular, donde se exige al dentista un comportamiento diligente, dentro de la *lex artis*; lo que incluye la realización de un correcto consentimiento informado.

⁵¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, Barcelona 2004, pp. 113-114. *Vid.*, LÓPEZ CARRICHES, C., BACA PÉREZ-BRYAN, R., SAN HIPÓLITO MARÍN, L., *et al.*, “Percepción y nivel de comprensión del Consentimiento informado en la cirugía del tercer molar inferior”, *RCOE*, 2003, p. 593. Sobre una encuesta realizada sobre 385 pacientes a los que se les extrajo el tercer molar quirúrgicamente tras haber firmado el Consentimiento informado, más de la mitad (61% de los encuestados) pensaba que el consentimiento servía para «eximir de responsabilidad al profesional».

⁵² GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 762-763.

Desde el punto de vista contractual, como hemos afirmado, el interés positivo del acreedor se configura como la medida de la indemnización, en casos de incumplimiento. Siendo el consentimiento informado una parte inexcusable de la actividad diligente comprometida del deudor de la prestación, ante la ausencia de un adecuado consentimiento informado, habrá que calcular también la medida de la indemnización que corresponda al interés positivo del acreedor (el paciente) en este caso concreto de incumplimiento contractual. Sobre este tema, Asúa González ha expuesto recientemente las diferentes perspectivas jurisprudenciales que ha tenido en España “la indemnización en supuestos de ausencia de consentimiento informado”, señalando que, o bien “no se indemniza porque se entiende que el daño final habría acaecido igualmente” (con cita de la STS núm. 985/1997, de 10 de noviembre); o bien, se indemniza el daño final sin especiales consideraciones”, con cita de la STS núm. 652/2006, de 26 de junio); o se atribuye responsabilidad “por todo el daño final con consideraciones sobre la posibilidad de no sometimiento a la intervención” (SSTS núm. 667/2002, de 2 de julio y núm. 560/2004, de 22 de junio); o “por todo el daño final con base en el criterio de imputación objetiva del daño, de asunción o traslado del riesgo” (STS núm. 849/2000, de 26 de septiembre); por “la incertidumbre sobre el sometimiento a la intervención” (SSTS núm. 487/2009, de 30 de junio, núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012; núm. 336/2015, de 9 de junio y núm. 227/2016, de 8 de abril); o más recientemente “se sienta la responsabilidad por la lesión a la autonomía decisoria del paciente”⁵³.

⁵³ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, en ATAZ LÓPEZ J., y COBACHO GÓMEZ, J., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I, Capítulo 10, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 455. Esta última afirmación la hace coincidir con la tendencia de la Sala 1ª del TS (STS núm. 488/2006, de 10 de mayo [RJ 2399] y con las de la Sala 3ª del alto tribunal (SSTS de 30 de septiembre de 2009 [RJ 5481], 2 de abril de 2012 [RJ 5672], 4 junio de 2013 [RJ 4350] y 26 de mayo de 2015 [RJ 3132]). Afirma, como veremos más adelante que se ha afianzado una tendencia jurisprudencial vigente en sede civil «la pérdida de oportunidad de evitar el daño final»; mientras que, en sede contencioso-administrativa, parecería que se relaciona con «la lesión de la autonomía del paciente sin hacer causa de la incertidumbre respecto del resultado». *Cfr.*, REYNAL REILLO, E., 2017, Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario, Aranzadi, Pamplona, 2017, (Prólogo de J. PLAZA PENADÉS y G. FABREGAT MONFORT), p. 224. La autora afirma sobre la STS 849/2000, de 26 de septiembre [RJ 2000, 8126], que ésta en particular considera una «omisión culposa» el descuido de la información proporcionada. Textualmente, “se contempla que la inexistencia de consentimiento informado

IV. Además, el estudio de la responsabilidad está íntimamente ligado al del daño, no solo porque los prestadores de servicios sanitarios serán responsables de los daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios, sino porque, por la especial idiosincrasia de la prestación dental, es frecuente la aparición de efectos adversos, o complicaciones. o daños iatrogénicos producidos como consecuencia de la ejecución del plan negocial; por lo que fácilmente pueden producirse daños tanto extrapatrimoniales (corporales y morales), como patrimoniales y cada vez se genera una mayor litigiosidad en este ámbito.

De Lorenzo y Bascones publicaron un trabajo pionero a nivel mundial, que constituye una de las primeras monografías sobre este tema, en el que profundizaban sobre la relación profesional-paciente, las características y riesgos habituales de las intervenciones odontológicas, así como el consentimiento informado y su relación con la responsabilidad del Odontólogo; para finalmente proponer unos «formularios de Consentimiento Informado» apropiados para cada una de las principales intervenciones en el campo dental. Ya entonces, un 80% de los litigios por responsabilidad profesional se basaban en la culpa o negligencia, y/o la ausencia del consentimiento informado⁵⁴.

Como hemos avanzado, la doctrina sitúa al consentimiento informado como parte de la *lex artis* –aunque no de forma totalmente pacífica⁵⁵–, del que se afirma que constituye “un presupuesto y elemento integrante”⁵⁶ y actualmente, la doctrina cataloga mayoritariamente la obligación del dentista como una «obligación de medios». Por su parte, la jurisprudencia matiza esta simplicidad yendo al caso concreto, y, por lo general, “se remite a los criterios

supone que el demandado asume por sí mismo los riesgos de la intervención, en lugar del paciente, al considerarlo una omisión culposa por la que debe responder al infringir la *lex artis*.”

⁵⁴ DE LORENZO, R., y BASCONES, A., *El Consentimiento informado en Odontoestomatología*. Ed. Médicos S.A., Madrid, 1996, p. 80.

⁵⁵ Cfr., CADENAS OSUNA, D., OLIVA BLÁZQUEZ, F., (Pról.), *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2018, p. 434.

⁵⁶ Cfr., GALÁN CORTÉS, J. C., “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Rev. Médica del Uruguay*, 15 (1), p. 5.

subjetivos de diligencia y saber hacer, únicamente cuando considera que está ante una obligación de medios”, analizando si se ha observado, en el caso concreto, la *lex artis ad hoc* y tiene en cuenta algunos criterios como la formación, experiencia, preparación y especialización del profesional de que se trate, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión, e incluso el prestigio profesional previo alcanzado por un correcto desarrollo de sus servicios anteriores, por lo que “el elemento determinante para imputar responsabilidad al prestador de servicios es su culpa o falta de cuidado”, ante la producción de un daño a consecuencia de su actividad⁵⁷. A este respecto, sostiene Carrasco Perera: “(c)ulpa es negligencia, y negligencia es desatención de las medidas de diligencia exigidas por las circunstancias del caso”⁵⁸.

El concepto de «negligencia médica» en relación con el consentimiento informado, ha tenido también una larga evolución jurisprudencial de origen norteamericano, situándose en 1957 el primer caso de indemnización por ausencia de información sobre las complicaciones posibles de una intervención (caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*), en la que la Corte de California estimó que “(u)n médico viola su deber para con el paciente y asume la responsabilidad sobre sí mismo cuando retiene información y hechos que son necesarios para que el paciente dé un consentimiento inteligente respecto del tratamiento propuesto. Igualmente el médico no puede minimizar los riesgos de un procedimiento para inducir el consentimiento del paciente”⁵⁹. Este razonamiento ha sido acogido tal cual, hasta hace muy poco tiempo en España, a la hora de afrontar la indemnización cuando la falta de información se acompañaba de la producción de un daño

⁵⁷ DE BARRÓN ARNICHES, P., 2008, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á., XVII Tesis sobre imputación y prueba de la culpa, en ATAZ LÓPEZ J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 26, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1167. [En adelante, CARRASCO PERERA, ÁNGEL, 2021a, *op. cit.*,].

⁵⁹ *Vid.*, QUINTERO ROA, E. M., “Consentimiento informado: evolución histórica de la jurisprudencia norteamericana”, *Rev. Temas Socio Jurídicos*, 2013, 32 (65), p. 147. Recoge el primer caso de negligencia médica, datado en 1957, en relación a la falta de Consentimiento informado que se materializó en una paraplejía de miembros inferiores, y fue indemnizado el dañado con doscientos trece mil trescientos cincuenta y cinco dólares.

corporal: concretado en una lesión a la integridad psicofísica de la persona a consecuencia de un suceso traumático, si el daño “es atribuible a un tercero, éste está obligado a responder de dichas consecuencias”⁶⁰, en el orden jurisdiccional que corresponda.

Sin embargo, la ausencia o deficiencia de consentimiento informado como daño en sí mismo considerado va tomando cuerpo actualmente en España –como veremos en el capítulo tercero–, y por ello, el estudio de otros conceptos como el daño desproporcionado, la pérdida de oportunidad u otros relacionados con el daño extrapatrimonial, serán objeto de atención en el capítulo cuarto de la Tesis, dedicado al daño.

V. La valoración del daño resulta esencial en responsabilidad, por motivos elementales, de carácter sustantivo y procesal. Independientemente de ello, hay que tener en cuenta que reponer al acreedor en la posición que estaría si se hubiera cumplido el contrato perfectamente –esto es, la indemnización positiva por incumplimiento contractual–, será imposible in natura, en la mayoría de las ocasiones, como hemos avanzado; por lo que interesa el estudio de las fórmulas legales utilizadas para calcular una indemnización monetaria sustitutiva. Además, otro de los aspectos que abordaremos en la Tesis es analizar en qué medida procede indemnizar daños extrapatrimoniales, concretamente los daños morales⁶¹ en la esfera del acreedor cuando hubiere sufrido daño durante el desarrollo del programa negocial del contrato de tratamiento odontológico.

En palabras de Le Roy, “le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de

⁶⁰ LABORDA CALVO, E., “¿Qué esperamos de la valoración del daño corporal en el futuro?”, 2008, 10 pp. El autor, siendo Presidente de la Sociedad Española de Valoración del Daño Corporal, pronunció estas palabras en el seno del *XV Congreso nacional de derecho sanitario*, Organizado por la Asociación Derecho Sanitario, en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid (Madrid, 16, 17 y 18 de octubre de 2008), dentro del cuarto taller de trabajo, auspiciado por la Fundación MAPFRE. El documento es accesible *online*, en la siguiente dirección <https://www.aeds.org/congreso/congresos-aeds/docs/elc2.doc>

⁶¹ MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Thompson-Civitas, 2006, pp. 21 y 22.

replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se rerait trouvée si lacte dommageable n'avant pas eu lieu"⁶².

Por este motivo, nos dedicamos en el capítulo quinto de esta Tesis al análisis de los instrumentos disponibles para la determinación del quantum indemnizatorio por daños y perjuicios personales –aspecto que goza de la máxima actualidad⁶³–, y su frecuente aplicación, en la práctica, a efectos de valoración de daños relativos a mala praxis⁶⁴ médica (a veces denominados legalmente «daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria»).

VI. En resumen, esta Tesis se ha estructurado en cinco capítulos. El capítulo primero estudia el «consentimiento informado»; el capítulo segundo, el contrato atípico con tipicidad social que constituye el «contrato de tratamiento odontológico», las prestaciones (en ocasiones, conexas, de otros contratos), así como los elementos del mismo y su encaje en nuestro Ordenamiento; el capítulo tercero, incide en la «responsabilidad profesional sanitaria» en general, así como más detenidamente, la «responsabilidad civil» del dentista y cómo se articula la de los centros donde desarrolla su actividad

⁶² LE ROY, M., *L'évaluation du prejudice corporel*, 9ª Ed. LITEC, Paris, 1983, p. 11. “la esencia de la responsabilidad civil es restablecer con la mayor exactitud posible el equilibrio destruido por el daño y reponer a la víctima, a expensas del responsable, en la situación previa en que se habría encontrado si no se hubiera producido el hecho dañoso”. (Traducción propia).

⁶³ Vid., GÁZQUEZ SERRANO, L., “Introducción al sistema para los daños y perjuicios personales en accidentes de circulación: Ámbito de aplicación, principios de aplicación del sistema de valoración de daños, daños objeto de valoración y aplicación del sistema”, en Badillo Arias, J. A., López y García de la Serrana, J. (Dir.), *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 87-116.

⁶⁴ ALFARO VICTORIA, F., “Conceptos jurídicos básicos”, *Rev. Mex. Anestesiol.*, 2012, pp. 67-76. (www.mediagraphic.org), en Derecho, hay ciertos conceptos indeterminados que como la mala praxis, que están abocados a dotarse de contenido a partir de la experiencia o de las expresiones fenoménicas del concepto en cuestión. El ejercicio de la medicina es una actividad científica y técnica y dinámica, que está sujeta a las reglas propias de su arte o profesión. Este concepto abierto tiene que ver tanto con la negligencia médica (el médico actúa apartándose de la “lex artis”, produciendo un daño), como con la imprudencia (acciones que realiza el profesional de forma temeraria) y la impericia (cuando el profesional sanitario desconoce absolutamente la técnica, o carece de experiencia suficiente y de habilidad clínica para el desempeño de su profesión, y ello perjudica al paciente). Podemos añadir el error sanitario (diagnóstico o terapéutico), la escasez de medios materiales y humanos, los problemas organizativos o el daño fortuito, en el ámbito también de la responsabilidad patrimonial. En cuanto al daño moral, Cfr., HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 101-102.

junto con otros actores que forman parte del proceso funcional de la prestación dental; en el cuarto capítulo analizamos «el daño» y su relación con el consentimiento informado, así como otros aspectos del daño indemnizable, sin entrar en analizar el daño-muerte, pues su objeto escapa al de esta Tesis. Mientras que, en el capítulo quinto, dirigimos nuestra mirada a un aspecto práctico acerca del cálculo de la indemnización en este ámbito sanitario tan particular, en concreto, los instrumentos legales, a través de los cuales se puede realizar una «valoración del daño dental».

En suma, pretendemos realizar una profunda revisión normativa, doctrinal y jurisprudencial, relativa al marco teórico del consentimiento informado, su definición y elementos; así como los sujetos aparentes de la relación contractual: qué se consiente y con quién se consiente y por otro lado, la eficacia frente a terceros de este especialísimo contrato de tratamiento odontológico que, fundamentalmente, supone un contrato civil atípico de servicios, con una creciente migración al marco de consumo y la responsabilidad que se deriva por su incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, o con producción de daño indemnizable. Todo ello, porque en la aparente simplicidad de un contrato de arrendamiento de servicios, cuya prestación, de carácter generalmente infungible, cuando resulta incumplida por apartarse el deudor de la prestación de la diligencia debida, hace surgir una responsabilidad civil contractual; cuya medida indemnizatoria se encuentra precisamente en el interés de cumplimiento que tiene el acreedor.

La referencia europea es clarificadora, y a ella acudiremos puntualmente, pero este trabajo se ha planificado en profundidad y amplitud en sentido vertical, no horizontal: el presente estudio se ha realizado sobre la idea de la responsabilidad que surge del incumplimiento de las obligaciones del contrato que nace del consentimiento informado, del acuerdo de voluntades entre el dentista y el destinatario de los procedimientos diagnósticos o terapéuticos (llámese paciente, cliente, consumidor; en todo caso usuario); y teniendo en cuenta que esta relación paciente-dentista, engloba frecuentemente la actuación de “otros profesionales” relacionados directamente con la salud

bucodental del paciente ⁶⁵. Es decir, nuestra investigación –como ya hemos expuesto– pretende profundizar acerca del contrato que subyace a la relación paciente/dentista, del que surgen determinadas obligaciones que han sufrido una evolución jurisprudencial nacional⁶⁶ (sobre la irreal postura anterior de considerar siempre «de resultado» la obligación comprometida en Odontología, o la más actual y sensata, considerándola como obligación exclusivamente «de medios»; “en ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud”⁶⁷ y que, debido a las especiales características de la actividad odontoestomatológica, pensamos, puede ser encuadrada como una variedad sui generis de contrato de actividad –para luego señalar la delimitación de la responsabilidad derivada del daño dental resarcible– la cual, podría superar la relatividad expresada en nuestro sistema civil contractual, debido a las

⁶⁵ *Vid.*, nota núm. 9. El contrato de tratamiento dental implica una serie de obligaciones entre el cliente y el profesional (el pago del precio y el cumplimiento de una serie de indicaciones y prescripciones profesionales sanitarias, principalmente, por parte del paciente; y la realización de una mera actividad por parte del dentista, claramente enfocada a un resultado determinado); que implican la participación en tal actividad de otros actores, dependientes o no del dentista, imprescindible para hacer posible el programa prestacional contractual y dicha participación tendrá unas veces tintes mercantiles –contrato de suministro de bienes y servicios de otros profesionales, por ejemplo, otros especialistas, o Protésicos dentales– y otras veces, civiles –colaboración de otros profesionales sanitarios, dependientes o no, por ejemplo, Higienistas dentales o profesionales especialistas–; o bien, otros contratos conexos –algunos típicos, como el contrato de crédito vinculado. (*Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La nueva regulación de los contratos vinculados en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo”, *Revista de Derecho privado*, 2014, 1, pp. 25-64)– pero otros atípicos, que entran a menudo, pensamos, en el ámbito de consumo.

⁶⁶ *Vid.*, ampliamente, LÓPEZ VALVERDE, M. (Dir.), *La responsabilidad civil médica y el Tribunal Supremo. Diez años de evolución de la jurisprudencia. Responsabilidad Civil y Seguro*, Sepín, Madrid, 2017, 272 pp. No solo la evolución sobre las obligaciones de los profesionales sanitarios, sino en cuanto a aspectos procesales, régimen de responsabilidad contractual o extracontractual aplicado, elementos de la responsabilidad profesional (en cuanto a los conceptos de *lex artis*, consentimiento informado, causalidad, o daño, entre otros), en cuanto a la responsabilidad en Odontología, como especialidad sanitaria (pp. 212-213), se recoge la SST de 17 de junio de 2015 (STS núm. 330/2015), en la que veremos, se “convalida” la ausencia de consentimiento por escrito desestimando la mala praxis en la colocación de implantes porque a la paciente se le “informó” de la “naturaleza de la actuación médica y las alternativas”.

⁶⁷ SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?”, *Rev. Aso Esp Abogados Esp R Civil y Seguro*, 2009, p. 10, en nuestra opinión, esta distinción está ampliamente superada en la actualidad, pues si bien en su momento se identificó, como veremos, que la Odontología podía implicar obligación de resultado, toda la literatura reciente insiste en la idea de que al actuar sobre entes biológicos, existe un componente de aleatoriedad evidente, que limita las obligaciones del sanitario a actuar bajo los parámetros de la *lex artis* y, realmente, la única que caracteriza su actuación, como la de cualquier profesional sanitario, es la obligación de medios.

especiales características de este contrato de tratamiento odontológico y los contratos conexos al mismo; con especial énfasis en la valoración del daño.

No olvidemos que la estructuración de España como un Estado Constitucional Multinivel y la integración de nuestras instituciones en la Unión Europea inciden notablemente en la concepción de la dogmática legal actual. Se habla de un «bloque de Constitucionalidad» y un «Derecho Europeo Originario y Derivativo» integrado en este bloque de normativa superior, con plena aplicabilidad en nuestro país: la sanidad española no está aislada, ni es compartimento estanco, en primer lugar, porque el fundamento de la Unión lo constituye la libre circulación de personas y mercancías. Libre circulación de profesionales (y, no lo olvidemos, de pacientes), lo cual puede ser un “caos”. Por otra parte, la coordinación con Europa no es sencilla; sobre todo, si tenemos en cuenta la “falta de coordinación entre autonomías (cómo nos vamos a coordinar con Europa si nosotros mismos no nos coordinamos...)”⁶⁸. Siguiendo las directrices del Marco Común de Referencia (DCFR, por sus siglas en inglés), y el proyecto de un “Código Civil Europeo” (el art. II.– 9:102 DCFR que propone garantizar contractualmente la información que se transmite antes de contratar, teniendo en cuenta la importancia de esta, si quien la trasmite es un profesional y la «experiencia relativa» de las partes”⁶⁹), o las soluciones que en su momento propusieron «los redactores de los Principles of European Law Service Contracts» (en adelante «PELSC»), o para determinar «la responsabilidad del agente en el contrato de servicios», “pasaban por redactar una parte general aplicable a todos los contratos así calificados, y una parte especial con diversos capítulos que contienen disposiciones específicas para cada una de las seis modalidades de servicios contempladas por el Study Group”⁷⁰, en una suerte de modelo para legisladores

⁶⁸ ORTEGO DELGADO, R., *Sanidad española en una Europa Unida*, en F. BANDRÉS MOYA, S. DELGADO BUENO, y J. SÁNCHEZ-CARO, *Biomedicina y Derecho Sanitario*. Tomo III. ADEMÁS Comunicación, Madrid, 2006, p. 77.

⁶⁹ Cfr., ELIZALDE IBARBIA, F., “Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, *ADC*. 2017, p. 1179.

⁷⁰ DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *InDret*, 3/2008, p. 3, online, www.indret.com.

nacionales que trataría de llenar las lagunas de las regulaciones como la nuestra, en lo que a ciertas profesiones liberales se refiere; lo que no deja de tener su interés si consideramos la parca regulación que da lo más parecido que tenemos a una regulación de la relación entre dentista y usuario: el artículo 1544 CC.

Hay que aclarar que las referencias europeas de unificación normativa no dejan de ser meras declaraciones de voluntad, ya que ni el DCFR ni los PELSC han sido ratificados por los Estados de la Unión. Además, el estándar de información sanitaria es el mismo en el resto del Ordenamiento, si lo comparamos con el Common Law⁷¹. No debe ser una casualidad, puesto que el consentimiento informado proviene, precisamente, de una creación jurisprudencial en ese preciso contexto.

Recordemos que nuestro primigenio Plan de Investigación de 2015 consideraba la posibilidad de contemplar que la «pérdida de oportunidad» podría conformar un daño indemnizable, en el sentido que se infiere de los Principios europeos de «Tort Law» (en adelante «EPTL» o «PETL», por sus siglas en inglés), en sede extracontractual, pues constituye un «perjuicio inmaterial a un interés jurídicamente protegido»⁷².

Como análisis transversal fenoménico, hemos realizado un estudio de fuentes jurisprudenciales. En las resoluciones judiciales estudiamos el tratamiento que nuestros tribunales han dado hasta ahora al alcance y

⁷¹ Cfr., CADENAS OSUNA, D., “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, *InDret*, 4/2016, 42 pp. “El estándar informativo adoptado tradicionalmente tanto en España como en el Reino Unido ha sido el mismo, a saber, el estándar profesional, aunque con formulaciones distintas. De este modo, en ambas jurisdicciones ha sido la comunidad médica la que ha determinado qué información debía proporcionarse al paciente: en España, por la vía de definir qué riesgos habían de reputarse típicos y cuáles no, y en el Reino Unido excluyéndose la responsabilidad del médico siempre que su práctica hubiera sido aceptada como propia por una tendencia responsable de opinión médica. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en España donde si bien la legislación no aborda esta problemática (pudiendo únicamente deducirse una inclinación etérea al estándar del paciente razonable de la referencia contenida en el artículo 4.2 LAP al hecho de que la información a proporcionar al paciente debe ser “adecuada a sus necesidades”) las decisiones jurisprudenciales dictadas en sede de responsabilidad médico-sanitaria nos permiten deducir que el estándar profesional sigue estando vigente, en el Reino Unido, por su parte, el case law ha experimentado una vistosa evolución en el tratamiento atribuido a esta cuestión. Así, hoy día podemos afirmar que en el Reino Unido, al menos a nivel jurisdiccional, se ha implantado el estándar de información del paciente *razonable*”.

⁷² Cfr., CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 474 (en nota a pie de página).

contenido de las instituciones estudiadas, su aplicación por parte del Tribunal Supremo en concreto (pero también su trascendencia práctica en Segundas Instancias), así como el posible encuadre de la relación que surge entre el paciente y la contraparte, desde el punto de vista de las categorías jurídicas del modelo de contrato que los une, formal y materialmente, y las obligaciones que surgen del mismo.

Otro de los aspectos que hemos estudiado es la Responsabilidad profesional del contratante cuya prestación inequívoca se incumple definitivamente (actividad regulada no solo por el programa negocial establecido, sino derivada del contrato como regulación legalmente sujeta a ciertas previsiones), con específico análisis de su responsabilidad civil (de la contractual, pero también de la extracontractual, incluso en su vertiente derivada de la indemnización como consecuencia de la producción de un daño cuando se incurre en actuaciones tipificadas como delito⁷³).

⁷³ CORPAS PASTOR L., “Posibilidades de la Mediación penal en procesos por responsabilidad médica”, *Rev. Dig. Penal*, 2017, 10 (21), Sepín, SP/DOCT/23235, online, www.sepin.es/penal/. *Vid.*, Bibliografía que avala esta Tesis.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

OBJETIVOS

PRIMERO. - Describir las diferentes realidades del concepto de consentimiento informado, desde su perspectiva normativa, doctrinal y jurisprudencial; así como sus elementos subjetivos, objetivos y formales, incluso con vocación de *lege ferenda* de determinada normativa autonómica.

SEGUNDO. - En segundo lugar, pretendemos centrar la atención sobre el *contrato de tratamiento odontológico* como contrato atípico con tipicidad social, en el Derecho Privado; así como la superación de la relatividad del contrato, al cobrar eficacia frente a terceros internalizados implícitamente en esa relación, con énfasis analítico fundamentalmente en la responsabilidad civil contractual (y explorando tangencialmente la extracontractual, la patrimonial de la Administración, e incluso la vertiente civil derivada del daño ilícito penal); así como la migración de la responsabilidad en esta sede contractual, que vislumbramos hacia la sede de Consumidores y usuarios, tal y como hemos afirmado en algunos estudios surgidos de esta investigación.

TERCERO. - En tercer lugar, dado que la obligación de una de las partes del contrato reside en poner a disposición de la otra los medios necesarios y que estén a su alcance para el efectivo cumplimiento del mismo, no podemos soslayar la importancia que tiene describir cuál es el contenido de la prestación del deudor de servicios dentales; por lo que proponemos hacer referencia de lo que deba ser la *lex artis* en la esfera odontoestomatológica, es decir, señalar dónde se encuentran recogidas aquellas actuaciones imprescindibles y exigibles (inexcusables) en una actuación diligente del profesional, cuya omisión o cumplimiento defectuoso generan responsabilidad.

CUARTO. - El cuarto objetivo es analizar el daño producido como resultado no esperado, o a consecuencia de una mala praxis dental, es decir, aquellos daños y perjuicios indemnizables que surgen como consecuencia de acciones u omisiones en la actividad bucodental, que impliquen Responsabilidad sanitaria, con énfasis en el estudio del interés contractual positivo; daño indemnizable a consecuencia de un incumplimiento del contrato de tratamiento odontológico.

QUINTO. - Finalmente, el quinto objetivo consiste en describir siquiera tangencialmente, y de forma práctica, los fundamentos e instrumentos utilizados habitualmente en España para la valoración en términos económicos del daño dental, con vocación de mejora.

METODOLOGÍA

Este trabajo se ha diseñado como una investigación basada en los datos obtenidos mediante procedimientos normativos de carácter lógico y objetivo, siguiendo el método jurídico sistémico-estructural-funcional de investigación, que incluye el acceso a fuentes primarias de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales, con un análisis final inductivo, de la sistemática para la valoración práctica del daño odontoestomatológico.

El análisis de estos datos ha dado como desarrollo el contenido de cada uno de los capítulos de la Tesis. Para ello, siguiendo el *Plan de Investigación* descrito, hemos ido construyendo en el *capítulo primero* el concepto de consentimiento informado, como elemento delimitador de la relación paciente-dentista, de la que surge un contrato privado sinalagmático, situándolo deliberadamente en sede de consumidores y usuarios, cuyas consecuencias se ponen de manifiesto en el *capítulo segundo*. En el *capítulo tercero*, se delimita la responsabilidad profesional, centrándonos en la responsabilidad civil del dentista, fundamentalmente en la responsabilidad por incumplimiento, así como por los daños dimanantes del cumplimiento defectuoso del contrato de tratamiento odontológico. Daños que estudiamos en el *capítulo cuarto*. Mientras que, respecto de la Valoración del daño, realizaremos en el *capítulo quinto* un acercamiento tangencial, a la cuantificación del daño, origen y características de los sistemas actuales en la esfera odontoestomatológica, de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria.

Finalmente, según lo preceptuado en el artículo 20 del Reglamento de los estudios de doctorado de la Universidad de Málaga, aprobados por el Consejo de Gobierno en su sesión de 9 de octubre de 2012, y modificaciones posteriores, hasta la aprobada por el Consejo de Gobierno, en su sesión de 25 de octubre de 2019, en cada capítulo se realiza una discusión de los resultados obtenidos, al hilo de la exposición de la investigación realizada.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado no surge de la nada, ni por capricho del legislador, sino que es fruto de una evolución de la sociedad a partir del siglo XVII, y que aparece por primera vez en la jurisprudencia norteamericana en el año 1957 bajo su denominación actual de «*informed consent*», “tras un proceso de más de dos siglos de evolución”⁷⁴.

Se trata de un proceso que surge debido a la transformación democrática de la sociedad y el diseño de una sanidad para todos, donde el paciente ha ido exigiendo la introducción en el tratamiento médico de aspectos psicológicos y sociales. Las aportaciones de la jurisprudencia norteamericana sobre el derecho a decidir sobre el tratamiento han resultado trascendentales para llegar a considerar el consentimiento informado como un derecho fundamental en los EE. UU. (y de forma más tardía y atenuada en Europa).

Acerca del surgimiento jurisprudencial del consentimiento informado como derecho inalienable derivado del principio de autonomía del paciente, Petrovich define a partir de la jurisprudencia, que “el derecho al consentimiento informado es aquel que ejerce un enfermo o paciente de forma autónoma y sin injerencia ni coacciones para realizar una elección de forma racional a fin de expresar su consentimiento o no al médico”⁷⁵.

El estudio del consentimiento informado como un derecho subjetivo del paciente entronca directamente con su reconocimiento como «derecho fundamental». La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha catalogado el consentimiento informado como tal derecho fundamental, un derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto disposición sobre el propio

⁷⁴ TARODO SORIA, S., 2006, *op. cit.*, p. 229.; *Vid.*, QUINTERO ROA, E. M., 2013, *op., cit.*, pp. 137-154.

⁷⁵ PETROVICH, A. “Derecho al Consentimiento informado. Una historia jurisprudencial angloamericana”, *Rev Esp Daño corporal*, 1997, pp. 37-44.

cuerpo, que es consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos *derechos* a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia⁷⁶.

La calificación como derecho fundamental, como expusimos en la introducción, no deja de ser un artificio del alto tribunal, puesto que, formalmente, el consentimiento informado no se encuentra amparado per se entre los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente; ni tampoco lo encontramos entre los derechos humanos recogidos en la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948. Se trata, más bien, de un reconocimiento o criterio interpretativo y, sobre todo, un faro donde alumbrar la importancia que quiere darle el Tribunal Supremo, a la luz de cierta jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (TEDH).

En este sentido, y como afirmábamos en publicaciones que avalan este trabajo⁷⁷, “en España ha habido básicamente dos posicionamientos sobre si el consentimiento informado es derecho fundamental o simplemente se encuentra vinculado a un derecho fundamental concreto, en contra de su consideración autónoma como derecho fundamental están todos aquellos que consideran que la propia regulación que del mismo se hace mediante ley ordinaria (LAP), y si hubiera sido un derecho fundamental, tendría que haberlo desarrollado una Ley Orgánica, el rango normativo requerido cuando hablamos de derechos fundamentales. Los derechos y libertades públicas, si revisten tal condición de derechos fundamentales, pueden ser objeto de tutela reforzada (arts. 53.1 y 2 y 54 CE), incluso en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; en tanto que los otros derivados de ciertas obligaciones constitucionales de los poderes públicos «requieren para su tutela jurisdiccional estar a lo que dispongan las leyes»⁷⁸”.

⁷⁶ *Vid.*, SSTS de 12 de enero de 2001 (Roj: STS 74/2001 - ECLI:ES:TS:2001:74; Id Cendoj: 28079110012001101277) y 11 de mayo de 2001 (Roj: STS 3882/2001 - ECLI:ES:TS:2001:3882; Id Cendoj: 28079110012001101826).

⁷⁷ *Vid.*, nota núm. 9.

⁷⁸ *Vid.*, SIMÓN LORDA, P., 2000, *op. cit.*, p. 95.

Además, en la Constitución de 1978, la referencia al consentimiento informado es sólo indirecta, pues éste no consta en el inventario de los derechos fundamentales previstos en los arts. 14 a 29 CE (aunque se vincula directamente al art. 15 CE, puesto que “la autonomía del paciente forma parte del contenido del derecho fundamental a la integridad personal, física y sobre todo moral”⁷⁹).

El derecho al consentimiento informado se ha querido vincular también al derecho a la libertad personal, ya que, como muy acertadamente afirma Sá Lima, “en realidad, este derecho se encuentra conectado con el derecho a la libertad personal, que es un derecho fundamental que tiene sus raíces en el principio de la dignidad humana, en la libre autodeterminación y en la protección a la salud”⁸⁰. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y toda la jurisprudencia argumentan que el derecho al consentimiento informado se encuentra mucho más relacionado con el derecho a la salud e integridad física que con derecho a la libertad personal. Pues si bien es cierto que el consentimiento informado se fundamenta en la idea de autonomía individual de la persona natural, basado en el principio de autodeterminación, de la libertad personal y de conciencia; sin embargo, el mismo no se encuentra en realidad vinculado al derecho fundamental a la libertad, sino (como afirma la jurisprudencia más reciente) “al derecho a la integridad física y moral, porque la inviolabilidad del ser humano es el bien jurídico protegido por este último que comprende dos facetas: el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes y el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento”⁸¹.

⁷⁹ *Vid.*, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 756.

⁸⁰ SÁ LIMA É. P. 2016, *op. cit.*, *Cfr.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., 2004, *op., cit.*, p. 115. Afirma el autor que “es la dignidad de la persona humana, desde la perspectiva del derecho a la autonomía individual como exponente del derecho a la libertad, el justificante último de la necesidad del consentimiento informado.”

⁸¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., “Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la Vida y a la integridad física”, *DS*, 2016, p. 187. *Vid.*, BELLO JANEIRO, D. (Coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013, p. 210. La conexión del Consentimiento informado con los derechos fundamentales, viene de su íntima relación con el derecho a la integridad física y moral que garantiza el artículo 15 CE.

Por lo tanto, y así lo hemos comunicado a la comunidad científica, “el derecho al Consentimiento informado es una parte integrante del bien jurídico protegido del derecho a la integridad física y moral, derecho fundamental que protege el artículo 15 CE”⁸².

Hay autores que así lo sostienen⁸³. Por ejemplo, Guerra Vaquero, cuando dice: “con relación al ámbito médico-asistencial, es precisamente aquí donde encuentra anclaje *iusfundamental* la exigencia del previo Consentimiento informado del paciente a cualquier intervención o tratamiento sanitario, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral”⁸⁴, en la misma línea, ya hemos señalado que Gómez Abeja explica que “el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud es el resultado de una evolución que tiene origen normativo y reconocimiento posterior por la doctrina constitucional como derecho fundamental [...] El Tribunal Constitucional reconoce la autodeterminación corporal, con carácter general, como manifestación del derecho a la integridad, en la STC 154/2002. Es la STC 37/2011 la que reconoce propiamente el derecho a tomar decisiones sobre la propia salud como expresión de la integridad del artículo 15 CE”⁸⁵, y que es por tanto confirmación de la tutela reforzada que del derecho al consentimiento informado se tiene como derecho fundamental, manifestación del derecho a la integridad.

Esta última sentencia⁸⁶ (STC 37/2011, FJ 4) señala que para garantizar la efectividad del derecho a la integridad del artículo 15 CE en el ámbito médico,

⁸² Cfr., CORPAS PASTOR, L, 2019, *op. cit.*; *Vid.*, nota núm. 9.

⁸³ Por todos, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 756. *Vid.*, GÓMEZ ABEJA, L., “Consentimiento informado y derechos fundamentales”, *Rev. Europea de Derechos Fundamentales*, 2011, pp. 275-306.

⁸⁴ GUERRA VAQUERO, A. Y., “La protección de la salud y del derecho a la integridad física en tiempos de crisis”, *Rev. de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 1272. (<http://e-spacio.uned.es>).

⁸⁵ GÓMEZ ABEJA, L., 2011, *op. cit.*, pp. 275-306.

⁸⁶ Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia núm. 37/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo 3574-2008. Promovido respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao que desestimaban una reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria. Vulneración de los derechos a la integridad física y a la tutela judicial efectiva: asistencia sanitaria proporcionada desatendiendo el derecho del paciente a prestar un Consentimiento informado. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

cualquier actuación que afecte a la integridad personal se ha de encontrar consentida por el paciente titular del derecho o bien justificada constitucionalmente, y concluye finalmente que “el consentimiento del paciente para cualquier intervención médica forma parte de su derecho a la integridad física”, pero —como defiende en el FJ 5 de la citada sentencia—, conectando el derecho de información con el consentimiento, de tal manera que para que el éste “pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento”; por lo que se estima este recurso de amparo declarando que “se han vulnerado los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)” en las sentencias anteriores —de la AP de Bizkaia y de un Juzgado de 1ª Inst. de Bilbao—, las cuales desestimaron una reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria, basada en la absoluta falta de información previa a una intervención médica⁸⁷.

⁸⁷ En concreto, el paciente ingresó en el hospital el día antes de realizarse un cateterismo cardíaco sin informarle previamente de los riesgos que entrañaba la operación y quedó con pérdida funcional total de su mano derecha. Tanto la Audiencia, como el Juzgado habían desestimado la demanda del paciente, aun reconociendo que no había habido información previa de ningún tipo sobre los riesgos de la intervención concreta, el paciente ya había sido sometido a este tipo de cateterismo años atrás (pero realizado por vía femoral) y que, por lo tanto, conocía los posibles riesgos y que además había sido operado de urgencia, lo que excluye la necesidad de Consentimiento informado. La base del recurso de amparo estriba en la alegación de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución en relación con los derechos a la integridad física del artículo 15 y a la libertad protegida en el artículo 17.1 de la Constitución, por habersele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha de resultados de una operación que se realizó sin su consentimiento. El origen del daño se desconoce hasta tal punto que el paciente manifiesta en el recurso que el resultado dañoso se ha producido bien por una mala praxis, o bien debido a la absoluta falta de información previa a la misma sobre sus posibles riesgos o alternativas, porque la única información que se le dio fueron las instrucciones de alta, alegando que ambas sentencias infringían el artículo 8 de la LAP y el Convenio de Oviedo sobre derechos del Hombre y la Biomedicina y la Constitución, textos de los que se deduce la obligación legal de informar sobre las consecuencias relevantes habituales de todo acto médico, salvo en el caso de riesgo grave e inmediato, supuesto que no concurría en el caso concreto, donde afirmaba que existió un lapso de tiempo suficiente entre el ingreso del paciente en urgencias y la intervención, la cual se realizó al día siguiente. Por parte de la aseguradora de los médicos demandados se alegó no sólo que el paciente conocía la intervención y sus riesgos por habersele hecho un cateterismo arterial años atrás, sino que los demandados tuvieron el primer contacto con el paciente cuando bajó de la UVI para ser intervenido y eran los médicos de la UVI quienes le tendrían que haber informado de los riesgos de la prueba. El fiscal, por su parte, sostuvo que los médicos que indicaron o practicaron la intervención incumplieron sus obligaciones de información y el debido consentimiento del paciente, apreciando que las sentencias recurridas omitían la fundamentación jurídica que justificase el incumplimiento de este deber de consentimiento, por lo que debía sostenerse que vulneraron el derecho fundamental a la integridad física.

El tribunal finalmente desecha la posible vulneración del derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 CE, porque se refiere a la “libertad física” (de movimientos, detención o internamiento arbitrario); pero reconoce que sí se había vulnerado el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE por cuanto “no es necesario que la lesión a la integridad física se haya consumado, sino que basta con la creación de una situación de riesgo relevante de que la lesión pueda producirse”, y en segundo lugar, porque “ese riesgo tiene que generar un peligro grave y cierto para la salud”, como ha ocasionado la falta de consentimiento informado. Por lo que el fallo estima el recurso de amparo declarando que “se han vulnerado los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”, por no haberse otorgado consentimiento informado previo y específico para la intervención tas la cual se produjo el daño.

Como hemos explicado, esta sentencia supone de hecho, no un reconocimiento al derecho al consentimiento informado como un derecho fundamental autónomo, sino su consideración como tal en la medida que el derecho a la información sobre el proceso asistencial se vincula constitucionalmente con el derecho fundamental a la integridad física, gozando de las garantías reforzadas que, como tal, le confiere la Constitución Española de 1978⁸⁸.

Hemos hecho referencia, casi de soslayo, a la calificación que da el Tribunal supremo al consentimiento Informado como «derecho humano fundamental» y la cuestión tiene su importancia. Galán Cortés también se afana en resaltar esta realidad, cuando recoge la STS 3/2001, de 12 de enero, junto con la opinión de BASTIDA FREIJEDO que califica, en línea con lo expuesto, como «exceso» del alto tribunal acerca de “una denominación que no aparece en nuestra Constitución, [...], la híbrida expresión «derecho humano fundamental» que aplica el TS al derecho al consentimiento informado pone de manifiesto la falta de rigor con la que se aborda la caracterización

⁸⁸ *Vid.*, nota núm. 9.

jurídica de este derecho y su relación con los derechos fundamentales.”⁸⁹. El TEDH, con sede en Estrasburgo, ha reiterado en algunas ocasiones que la falta del consentimiento informado escrito para previamente a una intervención médica supone una infracción del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde se recoge el derecho fundamental al respeto a la vida privada y familiar. Acudiendo a la jurisprudencia europea, Galán Cortés refuerza la idea del consentimiento informado como «derecho humano», al explicar la importancia que el Tribunal de Estrasburgo le da, pues considera su ausencia como “un ataque a la integridad física” que podría poner en peligro “los derechos protegidos por el art. 8.1. CEDH”, con cita de las SSTEDH de 29 de abril de 2002, («caso Pretty versus Reino Unido») y 15 de enero de 2013 («caso Csoma versus Rumanía»)⁹⁰. Finalmente, la recentísima STEDH Reyes Jiménez contra España, nº 7020/18, 8 marzo 2022⁹¹ hace un repaso de la normativa nacional e internacional sobre el consentimiento informado vigente en España, desde la LAP, pasando por el Convenio de Oviedo, en el que pese

⁸⁹ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 756. La cita textual es «XIOI RIOS, J. A. y BASTIDA FREIJEDO, F. J., *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 178-195.».

⁹⁰ *Ídem.*, p. 757. La importancia de estas resoluciones europeas que dan reconocimiento al consentimiento informado como derecho humano protegido a través del art. 8 de la Carta Europea, estriba en su aplicabilidad a los Estados de la Unión, por cuanto España es un Estado Constitucional Multinivel, como hemos explicado y como afirma esta última Sentencia, «el Estado parte podrá ser directamente responsable en virtud del art. 8 por esta falta de información» cuando un riesgo previsible se materializara «sin que el paciente haya sido previamente informado».

⁹¹ STEDH Reyes Jiménez contra España, nº 7020/18, 8 marzo 2022 (Sección 3ª, Estrasburgo). Esta recentísima Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expone que, cuando el consentimiento informado por escrito se ha configurado legalmente como una exigencia, su omisión constituye: «una vulneración del art. 8 del CEDH». Según el resumen de la sentencia, “se alega que los padres del demandante no prestaron su consentimiento informado por escrito a la segunda intervención a que fue sometido su hijo, y que el consentimiento prestado a la primera intervención no podía considerarse suficiente para la segunda, aunque ésta derivase de la primera. Con ello se invoca la violación del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, tras efectuar un repaso de la doctrina general del Tribunal sobre el Artículo 8 del Convenio y las exigencias que del mismo derivan en caso de actuaciones médicas sobre las personas –concretamente, la exigencia de informar debidamente al paciente para que éste pueda decidir evaluar si se somete o no a un riesgo que puede derivar de la actuación médica–, considera que en el caso examinado, se ha producido una vulneración del derecho al «respeto a la vida privada» reconocido en dicho precepto, en particular, y en relación con la segunda intervención a que fue sometido el demandante, se tiene en cuenta el hecho de que, aunque el Convenio de Oviedo no exige que el consentimiento informado se preste por el paciente a través de una forma determinada, la legislación española sí exige que el consentimiento informado se preste por escrito, lo que no ocurrió en este caso, constatándose que «la segunda operación no se produjo con precipitación, habiendo tenido lugar un mes después de la primera», y advirtiéndose que «los tribunales internos no han explicado suficientemente por qué consideraron que la ausencia de consentimiento escrito no vulneraba el derecho del demandante»“. Se impone una condena al Estado español, de 24.000 euros por daño moral.

a que no se requiere que el consentimiento informado sea por escrito, debe coordinarse con la legislación interna de la LAP (que sí lo exige), que conecta el consentimiento informado con el artículo 8 CEDH (Derecho a la vida privada y familiar). Reproducimos a continuación los apartados 27, 29-31 y 37 de esta STEDH:

§ 27. La Cour rappelle que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes au respect effectif de la vie privée. [...] Il englobe également l'intégrité physique et psychologique d'une personne et le corps d'une personne représente un aspect intime de la vie privée (Nicolae Virgiliu Tănase c. Roumanie [GC], no 41720/13, §§ 125-126, 25 juin 2019).⁹².

Más adelante, sigue diciendo (apartado 29):

29. La Cour a déjà mis en exergue non seulement l'importance du consentement des patients, soulignant notamment dans l'arrêt Pretty c. Royaume-Uni (no 2346/02, § 63, CEDH 2002-III) que «l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient ... s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1», mais aussi celle, pour les personnes exposées à un risque pour leur santé, d'avoir accès aux informations leur permettant d'évaluer celui-ci (voir notamment l'arrêt Guerra et autres c. Italie, § 60, 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, et Codarcea c. Roumanie, no 31675/04, § 104, 2 juin 2009).⁹³.

⁹² Trad. «27. La Corte recuerda que, si bien el artículo 8 tiene por objeto esencial proteger al individuo contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en su vida privada, no se contenta con ordenar al Estado que se abstenga de tal injerencia: a este compromiso negativo se le puede agregar obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo a la intimidad. Esas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas encaminadas a respetar la vida privada incluso en las relaciones de los individuos entre sí. Además, el concepto de «vida privada» es una noción amplia que no se presta a una definición completa. Abarca también la integridad física y psicológica de una persona y el cuerpo de una persona representa un aspecto íntimo de la vida privada».

⁹³ Trad. «29. La Corte ya ha destacado no solo la importancia del consentimiento del paciente, enfatizando en particular en Pretty v. Reino Unido [...] que “la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente... equivaldría a un ataque a la integridad física de la persona en cuestión que puede llamarse en cuestión los derechos protegidos por el artículo 8 § 1”, sino también que, para las personas expuestas a un riesgo para su salud, de tener acceso a la información que les permita evaluarlo».

Finalmente, se expone (apartados 30 y 31):

30... *En corollaire, en particulier, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment préalablement informé par ses médecins, l'État partie concerné peut être directement responsable sur le terrain de l'article 8 du fait de ce défaut d'information (Trocellier c. France (déc.), no 75725/01, § 4, ECHR 2006- XIV, Codarcea, précité, § 105, et Csoma c. Roumanie, no 8759/05, § 42, 15 janvier 2013). Afin de déterminer la forme de ce consentement éclairé, les exigences du droit interne peuvent être prises en compte (M. A.K. et R.K. c. Royaume-Uni, précité, § 80, et G.H. c. Hongrie (déc.), no 54041/14, 9 juin 2015)⁹⁴.*

31. *La Cour rappelle que pour que des obligations positives soient respectées, il faut que les mécanismes de protection prévus en droit interne non seulement existent en théorie, mais aussi fonctionnent effectivement en pratique (Lopes de Sousa Fernandes, § 216, et Csoma, § 43, précités)⁹⁵.*

En esta STEDH de 8 de marzo de 2022, el Tribunal de Derechos Humanos considera que, si la legislación interna exige que el mismo sea por escrito, la vulneración de los artículos 4, 8 y 9 de la LAP supone un incumplimiento del artículo 8 de la CEDH, por parte del Estado y en base al artículo 41 CEDH, el particular tiene derecho a una indemnización. Así, frente a los 3 millones de euros que se solicitaban, el TEDH fija la indemnización en 24.000 euros por daño moral, porque los tribunales españoles no habían motivado suficientemente la razón por la cual, existiendo una legislación interna que exige el consentimiento por escrito en este caso, no la aplicaran, esgrimiento que el paciente estuvo suficientemente informado, por lo que se convalidó judicialmente de forma indebida la falta de consentimiento informado.

⁹⁴ Trad. «30. ... Como corolario, en particular, si un riesgo previsible de esta naturaleza se materializa sin que el paciente haya sido debidamente informado previamente por sus médicos, el Estado parte en cuestión puede ser directamente responsable en virtud del artículo 8 por el hecho de falta de información (...). Para determinar la forma de este consentimiento informado, pueden tenerse en cuenta los requisitos del derecho interno»

⁹⁵ Trad. «31. La Corte reitera que para que las obligaciones positivas sean respetadas, los mecanismos de protección previstos en el derecho interno no sólo deben existir en la teoría, sino también operar efectivamente en la práctica».

De todo lo expuesto se desprende la importancia que tiene el consentimiento informado no solo como presupuesto y parte de la *lex artis*, exigencia ética y legal para el dentista, sino como «derecho humano fundamental» de la persona natural, en la ecléctica TC lo vincula al derecho a la integridad física y moral *ex* artículo 15 CE; y el TEDH lo reconoce como «derecho humano», conectado con el artículo 8 (Derecho a la vida privada y familiar) del «Convenio Europeo de Derechos Humanos»⁹⁶ y el artículo 3 (Derecho a la integridad de la persona) de la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»⁹⁷.

1.1. Concepto de consentimiento informado

El consentimiento informado en el “Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española” (en adelante, «RAE»)⁹⁸, se define como “consentimiento que ha de prestar el enfermo o, de resultarle imposible, sus allegados, antes de iniciarse un tratamiento médico o quirúrgico, tras la información que debe transmitirle el médico de las razones y riesgos de dicho tratamiento”.

Este término de consentimiento informado, como hemos publicado con cita de diversos autores, “es una traducción del «*Informed consent*» surgido en Estados Unidos en 1957, tras una lenta evolución de la jurisprudencia

⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950, (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

⁹⁷ UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO Y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, hecho en Niza, el 7 de diciembre de 2000, C 364/5, DOCCEE, de 18 de diciembre.

⁹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, (www.dle.rae). Previamente, define el “*consentimiento*” de la siguiente manera: «1. Acción y efecto de consentir. 2, en los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes. 3. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente». Esta definición aúna en sus dos primeras acepciones la “contractualidad” del término, pues el acuerdo de voluntades define un contrato, mientras que, en su tercera acepción, se acerca a las obligaciones que nacen del mismo. Todo ello, lo refuerza el artículo 1889 CC., cuando dice que «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», regla del surgimiento de las obligaciones, presupuesto que rige tanto en sede de Responsabilidad contractual (artículo 1101 CC.), como extracontractual (artículo 1902 CC.), fundamentalmente.

norteamericana durante más de dos siglos”⁹⁹. Blasco Igual sostiene que “los Estados Unidos de América son meritoriamente considerados pioneros en el reconocimiento y protección del derecho a la autodeterminación de los pacientes, habiendo construido, a lo largo de la pasada centuria, una doctrina completa y detallada que aún hoy debe constituir el punto de partida de toda investigación rigurosa sobre la autonomía del paciente en general, y sobre el consentimiento informado en particular”¹⁰⁰.

Su configuración como proceso médico-jurídico se ha producido al mismo tiempo que “una progresiva secularización de la Medicina, a través de obras fundamentales anglosajonas sobre deontología médica, como «*Ética Médica*» de Percival (1794), o «*Deontología o Ciencia de la Moral*» de Bentham (1834); “el paciente exige la introducción en el tratamiento de aspectos psicológicos y sociales, y, por otra parte, la revolución social del mundo moderno, reivindican la ampliación de la Medicina para todos”¹⁰¹. En esta metamorfosis, “la asistencia sanitaria que se ha caracterizado en una primera etapa por la primacía del principio de beneficencia (primero, no hacer daño), en la que la responsabilidad del médico se producía única y exclusivamente cuando había un daño; ha evolucionado en una segunda etapa, protagonizada por el paciente en cuanto sujeto de derechos fundamentales, donde el consentimiento informado es «expresión del libre desarrollo de la personalidad en cuestiones que conciernan a la propia salud»”¹⁰².

El devenir de la Historia, que fue propiciando regímenes democráticos e impulsando la libertad, ha alentado el surgimiento del consentimiento informado, por lo que su llegada a España era, como dice Simón Lorda,

⁹⁹ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 450. *Vid.*, nota núm. 9. (*Vid.*, *infra*, PETROVICH, A., 1997; SIMÓN LORDA, P., 2000; COLLAZO CHAO, E., 2000; TARODO SORIA, S., 2006; QUINTERO ROA, 2013, entre otros).

¹⁰⁰ BLASCO IGUAL M. C., *El consentimiento del menor en materia sanitaria*. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, p. 103.

¹⁰¹ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 450. *Vid.*, nota núm. 9.

¹⁰² TARODO SORIA, S., “La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *DS*, 2006, p. 229.

“cuestión de tiempo”¹⁰³. Llegó de la mano de la ya mencionada Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹⁰⁴, conocida como «Ley de autonomía del paciente» (en adelante LAP). Esta ley es un reflejo de la francesa *Ley 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario* (*Journal Officiel de la République Française* de 5 de marzo), que vino “a significar un reconocimiento a la autonomía y respeto a las decisiones de los pacientes; dentro de lo que se puede llamar democracia sanitaria”, que algo más adelantada, preveía ya la reparación de las consecuencias de los riesgos sanitarios, en palabras de Seuba Torreblanca, e “introduce importantes modificaciones en materia de Derecho de daños”. Los tres objetivos principales del texto francés fueron “desarrollar la denominada «democracia sanitaria» con el reconocimiento de un conjunto de derechos de los usuarios a fin de incrementar más su participación, mejorar la calidad del sistema sanitario y regular la reparación de los daños derivados de la actividad sanitaria.”¹⁰⁵.

En nuestro país, el consentimiento informado es un proceso gradual que se configura a través de 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 (LAP). Pero, debido a la heterogeneidad

¹⁰³ SIMÓN LORDA, P., *El Consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000, p. 95.

¹⁰⁴ Cfr., *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*. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre). Veremos más adelante que una de las reformas sustanciales de esta Ley, que afecta a los apartados 3, 4 y 5 y por la que se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9, ha sido operada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. (BOE núm. 180, de 29 de julio) que no sólo ha alterado el poder de decisión a los representantes del paciente en decisiones tales como el consentimiento por representación de menores de edad o personas con capacidad legal modificada o personas con discapacidades reales en el entendimiento de su proceso, sino que sólo considera “válidas” las decisiones del representante que aseguren el “mayor beneficio para la vida o salud del paciente” (con una doble garantía reforzada, depositada en el médico responsable, quien por un lado valorará si esta decisión adoptada es contraria a tal interés, y por otro, imponiéndole la obligación de ponerlo en conocimiento directamente del Juez o a través del Ministerio Fiscal, facultando al médico para adoptar “las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente” si, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial.

¹⁰⁵ Para un mejor estudio sobre los orígenes, significado y trascendencia de esta ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, *Vid.*, ampliamente, SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario”, *InDret*, 2/2002, 6 pp.

de la producción normativa en España, por su configuración como Estado Constitucional Multinivel, donde el poder territorial se distribuye *ad intra* de forma descentralizada, las CCAA han legislado esta materia dentro de sus competencias, incluso antes de la publicación de la LAP, cuando ya era una prolongación deontológica habitual de las profesiones sanitarias, y se regula conjuntamente, por esta especialidad del ordenamiento multinivel, *ad extra*, con “normas, a nivel de derecho internacional, comunitario”¹⁰⁶ y del propio Estado.

Precisamente, la LAP. cita en su Preámbulo algunas de estas normas internacionales —como «la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre¹⁰⁷», «la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948»¹⁰⁸, «la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa», promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la OMS y «el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; ratificado por España en 1999»¹⁰⁹—, convenios internacionales que, “por haber sido firmados y ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE), y deberán ser tenidos en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales regulados en nuestra Constitución (art. 10.2 CE), en concreto los derechos a la vida e

¹⁰⁶ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, pp. 451 y ss. *Vid.*, nota núm. 9.

¹⁰⁷ UE. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995), pp. 31 a 50.

¹⁰⁸ ONU. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

¹⁰⁹ *Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997* (BOE núm. 251, de 20 octubre 1999).

integridad física y moral (art. 15 CE) y a la libertad de conciencia (art. 16 CE)”¹¹⁰.

Parece lógico que cualquier intervención que se realice sobre el individuo deba contar con su consentimiento. “El consentimiento legitima el tratamiento sobre la base de que quien consiente —titular del bien jurídico— está transmitiendo al facultativo el derecho a actuar sobre él mismo”¹¹¹. Al tratarse no solo de un consentimiento cualquiera, sino de un consentimiento para invadir la propia integridad, y otros derechos fundamentales, debe tener unas «específicas características» para que sea válido tanto en lo subjetivo, como en lo objetivo¹¹²: parece sensato que, en materia sanitaria, “sólo se pueden llevar a cabo intervenciones médicas sobre el cuerpo del paciente después de que éste haya sido previamente informado de la finalidad que persigue dicha intervención, y sobre las ventajas, riesgos, consecuencias e inconvenientes de la misma. Únicamente si existe este conocimiento previo, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento”¹¹³.

Como hemos venido sosteniendo hasta ahora, en línea con Collazo Chao, “la información previa resulta esencial a la hora de dar validez al

¹¹⁰ SANCHO GARGALLO, I. “Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado”, *InDret*, 2/2004, p. 3. Sin embargo, el consentimiento informado se relaciona jurisprudencialmente de forma profusa en con el respeto al Derecho Fundamental a la vida y a la integridad física y moral, que propugna el artículo 15 CE.

¹¹¹ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op.*, *cit.*

¹¹² *N.B.* No sólo nos referimos ahora a la capacidad del sujeto para emitir el consentimiento, así como la necesidad de representante como sustituto del titular del bien jurídico en consonancia con lo previsto también en los artículos 1263 CC –que ahora autoriza a los menores de edad no emancipados a «celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales», en su nueva redacción dada por el artículo 48 de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. (BOE núm. 132, de 3 de junio)– y 1264 CC, sino también a su forma legal y expresamente prevista tanto en la LAP como en otras leyes; es decir, no viciado, libre, carente de coacciones, sin mediar precio o recompensa, basado en la previa información veraz acerca de la patología concreta y específica relativa a un paciente concreto, sus riesgos particulares y especiales, así como alternativas de tratamiento junto con sus riesgos específicos y consecuencias de no realizar el procedimiento en cuestión recabado con antelación suficiente para que reflexione quien consiente, como desarrollamos más adelante.

¹¹³ CANTERO MARTÍNEZ, J., “El Consentimiento informado del paciente menor de edad. problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *DS*, 2009, p. 1.

consentimiento del paciente sobre algo que afecte a su salud”¹¹⁴. La información previa a cualquier intervención terapéutica o diagnóstica resulta crucial en la formación de la voluntad individual de quien va a poner en tela de juicio su propia integridad física, fuera de los casos en los que sea secundario o improcedente; como en situaciones de urgencia o necesidad, en los que prima actuar sin dilación en casos en los que esté en juego la vida del individuo.

Seijas Quintana, citando la STS de 2 de julio de 2002, señala que al paciente se le debe informar “tanto de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y también debe abarcar la información de preparación de la intervención y de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado; como de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia”¹¹⁵. La falta de información implica una mala praxis médica desde dos puntos de vista: el de la imputación de la responsabilidad y el del derecho a la autonomía decisoria con «fundamento en la dignidad de la persona, que con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y la paz social del art. 10.1. CE»¹¹⁶.

El deber de información previa se impone, a través de la LAP, al «médico responsable» —como ya lo hiciera antes la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹¹⁷ (LGS), la cual “reconocía el derecho del paciente a que se le asignara un médico que fuera el «interlocutor principal» con el equipo asistencial—, debido a la desigualdad de conocimientos que existe entre el

¹¹⁴ *Vid.*, COLLAZO CHAO, E., “Consentimiento informado en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos prácticos”, *Cir Esp.*, 2002, p. 321. *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L. 2019, *op. cit.*, p. 452. *Vid.*, nota núm. 9.

¹¹⁵ SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?”, *Jueces para la Democracia*, 2007, pp. 15 y 16.

¹¹⁶ *Ídem.* El autor cita expresamente la STS núm. 667/2002, de 2 de julio (Id Cendoj: 28079110012002102344).

¹¹⁷ *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad* (BOE núm. 102, de 29 de abril).

médico y el paciente y la complejidad de las intervenciones y la dificultad de comprensión de las mismas que tiene un paciente no médico”¹¹⁸.

Para el dentista, «el Consentimiento informado es además una exigencia ética» y así lo demanda el Código deontológico de la profesión de dentista¹¹⁹. No en balde, el consentimiento informado es un proceso de encuentro y diálogo entre el profesional sanitario y el paciente (no un acontecimiento aislado). Es “una realidad ineludible en la relación del profesional sanitario con el paciente y debe ser contemplada desde una perspectiva ética más que legal”¹²⁰.

El consentimiento informado es, por tanto, “el proceso de explicar el procedimiento, con sus ventajas e inconvenientes, para poder tomar luego una decisión, recabado fehacientemente por el profesional”¹²¹.

Como señala Sancho Gargallo¹²², el paciente “tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente”. Así lo reconocen diversos convenios internacionales: “el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000; y el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01”. El Convenio de Oviedo regula el consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona,

¹¹⁸ SÁ LIMA, E., “Naturaleza jurídica del Consentimiento informado a la luz de los modelos español y brasileño de protección al paciente”, *Rev. de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, núm. 32, enero-junio de 2017, p. 473-489. (<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.16>).

¹¹⁹ CGCOEE, *Código ético y deontológico dental español*. ACUERDO AA17/1999, de la Asamblea General del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, por el que se aprueba el. Madrid 9 de julio de 1999, modificado por el Acuerdo AA06/2012, del Consejo General, de fecha 15 de junio de 2012. *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 454.

¹²⁰ BASADRE, P., NAVAS, S., LAFUENTE, N., *et al.* “Consentimiento informado. Comunicación eficaz y decisión autónoma”, *Rev. Rol Enf.*, 2008, pp. 419-424.

¹²¹ COLLAZO CHAO, E., 2002, *op. cit.*, p. 321.

¹²² SANCHO GARGALLO, I., 2004, *op. cit.*

después de reconocer a «toda persona el derecho a su integridad física y psíquica», al disponer que «en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley»¹²³.

Somos conscientes que, en la experiencia de muchos pacientes, el consentimiento informado se suele asimilar al propio «formulario que firma el paciente para autorizar una determinada técnica o procedimiento y con ello liberar al médico de responsabilidad y no se trata de eso»¹²⁴. Como dice Herrero, “no debemos estar realizando el proceso adecuadamente, ya que los pacientes tienen la sensación de que el formulario no está a su servicio, sino para la defensa del profesional y el hospital”¹²⁵. Pero, goza de una «configuración legal», como hemos avanzado y veremos a continuación, que «se fundamenta en la autonomía de la voluntad del paciente, titular del derecho fundamental a la integridad física y moral, en España, sus características se han ido perfilando a través de normativas de diferentes rangos, sobre la base del respeto absoluto a la autonomía del paciente que libremente consiente que se le practique un procedimiento diagnóstico o terapéutico sanitario, en pleno conocimiento del proceso sanitario que le afecte, así como de los riesgos, alternativas de tratamiento y complicaciones esperables».

Como reflexión, podemos aportar que el Conocimiento informado ocupa una posición definida en los textos legales, por derecho propio; pero también (y en nada desmereciéndolos), en la literatura médica y sanitaria en general.

El Consentimiento informado pertenece a la categoría médico-jurídica: la norma hará de ella un precepto de obligado cumplimiento y la práctica sanitaria hará de este acto jurídico una actividad integrante de la *lex artis*. Todo ello, como garantía del respeto absoluto a la autonomía y a la dignidad del paciente como máxima expresión no solo de la libertad individual, sino

¹²³ SIMÓN LORDA, P., 2000, *op. cit.*, p. 95.

¹²⁴ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op., cit.*, p. 454. *Vid.*, nota núm. 9.

¹²⁵ HERRERO, A., REYES, A., GÓMEZ, S., y DONAT, E., “Valores del Consentimiento informado por médicos y pacientes”, *Rev. Calidad Asistencial*, 2001, p. 710.

más bien del derecho fundamental a la salud e integridad física, del que no es sino una «expresión fenoménica» del mismo»¹²⁶.

1.2. Regulación legal del consentimiento informado

Tal y como hemos visto, el «consentimiento informado» es un derecho fundamental, ínsito en el artículo 15 CE; por lo que puede ser objeto de tutela reforzada mediante los procedimientos habilitados por nuestro Ordenamiento.

Como acto médico y jurídico, el consentimiento informado está normalizado en España, con su regulación mediante leyes y otras normas emanadas por las diferentes Asambleas Legislativas de las CCAA y las previsiones de la LAP, de acuerdo con la legislación internacional. Tanto *ad extra* como *ad intra*, está sujeto a diferentes niveles de regulación: la legislación autonómica sobre el consentimiento informado anterior a la entrada en vigor de la LAP no plantea ningún conflicto, al haber sido tácitamente derogada en lo no coincidente con la ley básica, tras su entrada en vigor el 16 de mayo de 2003 y modificada automáticamente con cualquier reforma que opere en materia de consentimiento informado. Sin embargo, la producción normativa autonómica, promulgada con posterioridad a la entrada en vigor de la LAP y de sus ulteriores reformas, cuando ésta regule de forma diferente cualquier elemento del consentimiento informado (subjetivo, material o formal) debería evitarse, porque crea inseguridad para el profesional sanitario de los respectivos Servicios Sanitarios de las CCAA¹²⁷, en cuanto a la legislación supranacional, será el Estado Central quien deba acoger esta normativa (que, en la práctica, ya es “superior”, o al menos del mismo rango que la Constitución) e integrarla en el Ordenamiento interno; mediante los procedimientos previstos para ello.

¹²⁶ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 455. *Vid.*, nota núm. 9.

¹²⁷ El problema está en la legislación autonómica diferente y de producción posterior a la LAP, la cual crea inseguridad jurídica. Para evitar peligrosas antinomias, en un ámbito competencial transferido a las CCAA (excepto las competencias exclusivas del Estado en la materia), bastaría incluir una remisión expresa a la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, en la producción normativa autonómica futura.

1.2.1. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre

Más conocida como *Ley de Autonomía del Paciente* («LAP»), supuso en España una expresión normativa de la transformación social en favor de la primacía de la autonomía del paciente (y en especial, la importancia de los derechos de los pacientes como eje de la relación asistencial), en palabras de Delgado Marroquín y cols., “se trata de una norma muy consensuada que contó con el respaldo de todos los grupos parlamentarios para su aprobación, que trasluzca un fenómeno real; un «progreso ético de una comunidad» que requiere un esfuerzo de asimilación, formación y compromiso para que no se quede en una declaración de buenas intenciones”¹²⁸.

Modificada en no pocas ocasiones, como veremos *ut infra*, “la LAP reconoce que la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la Constitución de 1978, había sido objeto de una regulación básica” previa en el ámbito del Estado, a través de la LGS “desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios” y sobre esta base, la ley desarrolla aspectos que aquella “fallaba en concretar suficientemente en lo relativo a los derechos de los pacientes en cuanto a usuarios de servicios sanitarios, como son la información, el consentimiento o la historia clínica y ha recogido criterios jurisprudenciales que se han ido desarrollando desde la promulgación de la LGS”¹²⁹. “Regulación básica cuyos principios generales completa y desarrolla la LAP en relación a cuatro ejes fundamentales: el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad y el derecho a la autonomía del paciente, así como lo relativo a la Historia Clínica «subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto». Por tanto, la LAP se centra en cuatro principios básicos, que se infieren de su artículo

¹²⁸ DELGADO MARROQUÍN, M. T., SIMÓN LORDA, P., SANZ POZO, B., “La ley de autonomía del paciente”, *Aten Primaria*, 2003, pp. 265-7.

¹²⁹ GARCÍA ORTEGA, C., CÓZAR MURILLO, V., ALMENARA BARRIOS, J., “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, *Rev. Esp. Salud Pública*, 2004, pp. 469-479.

segundo: «La dignidad de la persona»¹³⁰; «la garantía de la intimidad de los usuarios y pacientes»¹³¹; «el respeto a la autonomía»¹³² y «la obligación de colaborar de los pacientes y usuarios», que se desprende de la obligación que impone de al paciente de facilitar los datos precisos, de forma leal y verdadera, así como de colaborar en su obtención (artículo 2.5 LAP)¹³³.

Como veremos al analizar el elemento formal del consentimiento informado, la regla general es que los deberes de información y el consentimiento a la asistencia médica (artículo 8.2) sean emitidos de forma «verbal», salvo en determinados casos en los que el consentimiento ha de ser, claramente, «por escrito».

“Se exige que la información a proporcionar para posibilitar la toma de decisiones del paciente sea la adecuada, se preste en términos comprensibles y esté adaptada a las necesidades del mismo, y, en fin, en este campo se amplía el ámbito de autonomía del paciente, y se concedía una capacidad de decisión

¹³⁰ El respeto a la dignidad del paciente se predica desde el derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada y como apunta el artículo 2.4, su “derecho a negarse al tratamiento” con la exigencia de que conste por escrito salvo los casos legalmente determinados, así como la salvaguarda de su intimidad y la obligación que establece en el apartado 7 de debida reserva a los que elaboren o tengan acceso a la información y la documentación clínica del paciente.

¹³¹ Además de configurar el derecho a la intimidad en su artículo 2 como principio básico, la LAP lo regula en su artículo 7 como un derecho de toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, pero también en el artículo 7.2 como una obligación de los centros sanitarios.

¹³² La autonomía del paciente se vislumbra a través la garantía que establece la LAP, de “información asistencial adecuada”, y la validez que da a las “instrucciones previas”. El consentimiento se convierte en el eje de toda actuación sanitaria. El artículo 2.2. de la LAP especifica que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento” una vez reciba una información adecuada. Con el respeto absoluto a la autonomía del paciente, la LAP pretende, como decimos, un descuelgue de la muy arraigada concepción paternalista hasta entonces del ejercicio de la Medicina bajo el principio de beneficencia.

¹³³ CORPAS PASTOR, L. 2029, *op., cit., Vid.*, nota núm. 9.

a los menores maduros¹³⁴”, en la línea observada por otras legislaciones extranjeras y españolas¹³⁵.

El artículo 3 LAP define el consentimiento informado de esta manera:

“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

García-Guerrero expone que “en esta definición se recogen los tres componentes esenciales de la idea del consentimiento: que sea otorgado por una persona adecuadamente informada, asegurando su competencia y voluntariedad, y en ausencia de factores externos que condicionen la decisión de esa persona”¹³⁶.

Hermenéuticamente, el consentimiento informado se enmarca dentro del Capítulo IV de la LAP, en el seno del derecho a la autonomía del paciente (artículos 8 al 10), en concreto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4 de la LAP –al cual remite dicho artículo 8–, el paciente debe recibir “toda la información clínica veraz sobre «toda actuación en el ámbito de su salud», la

¹³⁴ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario*, en PALOMAR OJEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J., (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), Capítulo 25, 2013, p. 854. El autor explica que la doctrina científica utiliza “la expresión «menor maduro» para identificar a las personas legalmente menores de edad, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones atinentes a su persona.”. Pero no deja de ser un aspecto muy polémico, sobre todo a efectos prácticos: *Cfr., entre otros*, MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Menores de edad y consentimiento informado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 173 y ss.

¹³⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., “El Consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *An. Der, Hum.*, 2004, pp. 111-123. Ya veremos más adelante, que su modificación en 2015, no dejó indiferente a nadie, cuando se limitó la autonomía de los menores de dieciséis años, a través de la reforma introducida por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (BOE núm. 180, de 29 de julio); aunque la doctrina mayoritaria — veremos — se decanta por lo acertado de la limitación y la adecuada referencia a la limitación en la toma de decisiones del menor de dieciséis años, caso a caso. Reforma polémica aún, puesto que no se han establecido claramente los instrumentos por los que se pueda determinar por parte del profesional sanitario si es o no maduro un menor de dieciséis años.

¹³⁶ GARCÍA-GUERRERO, J., “Información clínica, consentimiento informado y deontología médica. Una relación reciente”, *Cuad. Bioética*, 2019, 30 (100), p. 304.

cual forma parte de todas las actuaciones asistenciales”¹³⁷; por cuanto los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre la misma (o a no ser informado contra su voluntad)”. Dicha información será oral, pero «dejando constancia en la historia clínica», y “comprenderá la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”, a tenor de esta Ley.

El artículo 5 de la LAP establece que el paciente será el titular del derecho a la información” y, como es lógico, entre sus deberes, el “médico responsable” estará obligado a dar la «información veraz», actuando como «garante de su transmisión real».

Como hemos mencionado, el artículo 8 LAP hace una remisión a su artículo 4 y esto constituye el patrón de razonabilidad por el que se conforma actualmente la jurisprudencia para la imputación de responsabilidad al profesional por ausencia o defecto de consentimiento informado y configura, además, como garante del derecho a la información al “médico responsable” (en nuestro caso, al dentista, que tiene la carga de informar). Esta designación no es exclusiva para el responsable, porque al final del apartado 3 de dicho artículo 4, añade que “los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”; lo que resaltamos debido a la importancia que venimos estudiando acerca de «la responsabilidad civil del dentista en cuanto al ejercicio en grupo de la actividad» y a en particular a las «características» del contrato de servicios dentales y la «relación piramidal de responsabilidad» que genera como tipo especial de contrato de servicios, el contrato de tratamiento odontológico, en el que intervienen directa o indirectamente, diferentes profesionales.

También, como hemos venido explicando hasta ahora, “«Por su carácter de información básica, es necesario que el paciente comprenda las explicaciones concretas sobre su caso particular que se le den». Un

¹³⁷ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 457. *Vid.*, nota núm. 9.

«consentimiento general» nunca puede ser «válido»¹³⁸: debe estar personalizado a las circunstancias del paciente y del procedimiento concreto”. Así lo entienden también González Hernández y Castellano Arroyo, los cuales señalan que, “pese a que existen protocolos de Consentimiento informado para las diferentes actuaciones asistenciales de riesgo elaborados por diversas entidades (sociedades científicas, CC.AA., servicios hospitalarios, etc.), «es frecuente encontrar que el documento de Consentimiento informado está firmado por el paciente y el médico, pero cumplimentado solamente en los datos generales», omisión que, según los casos, puede cobrar importancia en aras de una práctica inadecuada y posible responsabilidad profesional”¹³⁹.

El valor de este documento es tenido como meramente *ad probationem*, por la jurisprudencia, cuya evolución carga mucho más sobre los deberes de información y sobre la información que el usuario recibe sobre el proceso sanitario, que sobre la documentación que lo pueda acreditar, integrando en cada caso concreto si la información necesaria la tuvo o no el destinatario de la misma y ello tuvo o no relevancia en optar o no por un determinado procedimiento terapéutico o diagnóstico¹⁴⁰.

¹³⁸ ZAMBRANA MORAL, P., y CORPAS PASTOR, L., “Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales”, *Informe dental*, 1998, pp. 295-297. *Vid.*, ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 113. Afirma la autora que “(l)os documentos genéricos, en los que el paciente se limita a firmar una declaración de haber recibido y entendido la información, o de autorizar la actuación médica, sin más datos, son mayoritariamente considerados ineficaces tanto por la jurisprudencia civil como por la contencioso-administrativa, a pesar de que la LGS establecía únicamente la necesidad de que el previo consentimiento del paciente fuera *escrito*.”.

¹³⁹ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. E., y CASTELLANO ARROYO, M., “El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual”, *Rev Esp. Med Legal*, 2012, p. 105.

¹⁴⁰ N.B. Debemos aclarar que es innumerablemente defendida esta postura, aunque no se compeadece con la exigencia legal de este documento escrito (cuando se precisa). No basta la mera información, en nuestra opinión. En sentido contrario, CADENAS OSUNA, D., OLIVA BLÁZQUEZ, F., (Pról.), 2018, *op. cit.*, p. 273. Quien opina que “con carácter general para todos los supuestos de consentimiento informado (se respete o no la forma documental cuando es preceptiva) por aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria recogida en el artículo 217.7 LEC”. Más adelante, veremos, el TEDH condena recientemente a España, precisamente, por esta interpretación errónea jurisprudencial, puesto que resulta contrario a la Carta Europea de Derechos Humanos, concretamente a su artículo 8, la no exigencia de un consentimiento informado escrito cuando éste está legalmente previsto por las normas internas del Estado (como es el caso, a través de lo preceptuado al respecto en la LAP).

Además, un “formulario de consentimiento” firmado por el paciente y el médico, en el que no se personalicen riesgos, invalida totalmente el consentimiento por defecto de información, con las salvedades jurisprudenciales que señalaremos más adelante y acabamos de introducir. Por otra parte, en cuanto a su cualidad, “el consentimiento informado requiere en ciertas ocasiones de mayor intensidad de información, según sea el éxito probable de la intervención (o como dice la LAP en su artículo 10.2 «cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención»); lo que viene a «reforzar» el Consentimiento informado en Odontoestomatología, en función del grado de incertidumbre que exista “en relación al éxito de la intervención dental”¹⁴¹.

La Ley General de Sanidad impuso la descentralización de la asistencia sanitaria, creando un Servicio Sanitario Público en cada Comunidad Autónoma; de los cuales argumentaba que “ajustarán el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria a criterios de participación democrática de todos los interesados” (artículo 53 LGS). Dotaba de derechos a «a todos» entre otros, «al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; a la información (en formatos adecuados, incluso comprensibles a las personas con discapacidad); a la confidencialidad y a ser advertidos de su participación en proyectos docentes o de investigación», siendo necesario para ello «la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico». La Ley de Autonomía del Paciente impulsó aún más el «derecho a la información» en materia de salud (que ya estaba reconocido por la LGS (artículo 10.2); “pero profundizando sobre este derecho a la información y regulando el Consentimiento informado desde el absoluto respeto por la autonomía del paciente, en una suerte de consagración de una nueva forma de entender el proceso asistencial. De esta forma, la LAP define y configura legalmente el Consentimiento informado, culminando así el proceso de transformación social iniciado en nuestro País por la LGS (regulación básica en el ámbito del Estado), por el que desde el Poder Legislativo se pretendió

¹⁴¹ *Id.*, BELLO JANEIRO, D., 2013, *op. cit.*, p. 12., sobre la mayor intensidad de la información sanitaria: debe incluir todos los riesgos conocidos, no solo de riesgos comunes o típicos, sino también los riesgos excepcionales, ante cuyo conocimiento el paciente podría cambiar de parecer. *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L. 2019, *op. cit.*, p. 458.

que la relación asistencial médico-paciente tuviera como eje vertebral el respeto a la autonomía del paciente y como presupuesto una información veraz sobre el proceso sanitario, los riesgos que asume al permitir una actuación médica, diagnóstica o terapéutica, así como las diversas alternativas en orden a elegir libremente u optar por rechazar un determinado procedimiento diagnóstico o terapéutico”¹⁴².

Al promulgarse con posterioridad a ellas, La LAP no desconocía las diversas normativas autonómicas vigentes en aquellas Comunidades con competencias exclusivas sobre sanidad; puesto que, a la fecha de su promulgación, ya estaba regulado el consentimiento informado en algunas Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) como veremos a continuación; pero por su carácter de ley básica (Disposición Adicional Primera), se convirtió en un espejo donde reflejarse las diferentes normativas autonómicas.

1.2.2. El consentimiento informado en la normativa autonómica

La descentralización del Estado mediante el reconocimiento de las competencias autonómicas en materia de sanidad ocasionó una cascada de regulaciones diferentes del consentimiento informado. Por ello, en estas normativas autonómicas se identifican rasgos peculiares y regulaciones ligeramente distintas; las cuales configuran territorialmente el procedimiento del consentimiento informado, como vemos seguidamente.

La doctrina, en general, admite que “el Consentimiento informado está tratado de forma suficiente en todas las normativas autonómicas españolas y en la de ámbito estatal, existiendo unanimidad en su protección legal”¹⁴³. Sin embargo, a consecuencia de las modificaciones de la legislación nacional, algunas disposiciones normativas autonómicas requieren de reformas legislativas pues las CCAA que ya tenían normas propias sobre consentimiento

¹⁴² CORPAS PASTOR, L. 2019, *op. cit.*, p. 459. *Vid., nota* núm. 9.

¹⁴³ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. E., y CASTELLANO ARROYO, M., 2012, *op. cit.*, p. 105.

informado, a la entrada en vigor de la LAP, han seguido regulando de forma diferente el procedimiento con posterioridad.

La LAP, por tanto, coexiste con la realidad normativa autonómica en esta materia y “salvo algunas excepciones¹⁴⁴, la normativa autonómica está completamente adaptada a la LAP” y esto resulta inaceptable por el carácter de legislación básica que tiene la LAP y la obligación de adaptarse a ella que tiene la legislación autonómica^{145,146}. De este modo, como señala Sancho Gargallo, “en cada una de las Comunidades autónomas donde exista una regulación propia de la materia, la normativa estatal básica se integrará, respetando el contenido esencial acerca del derecho de autonomía del paciente, con la propia de aquel territorio”¹⁴⁷.

Otros autores han señalado también ligeras diferencias relativas a algunos aspectos de la legislación autonómica frente a la LAP, algunas de las cuales señalamos a continuación. González y Castellano analizan, por ejemplo, la denominación con que se refieren a las situaciones ante las que debe obtenerse el consentimiento¹⁴⁸. Así, a diferencia de la LAP, por la que dicho consentimiento se recabará “ante toda actuación en el ámbito de la

¹⁴⁴ Por ejemplo, la *Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte de Andalucía* indica en su artículo 11 que los menores emancipados o con 16 años cumplidos prestarán por sí mismos y podrán revocar el consentimiento, lo que parece ignorar lo previsto en la LAP acerca de la valoración de la capacidad de éstos para consentir, pese a que el artículo 5.b) de esta ley andaluza define el Consentimiento informado “de acuerdo a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”. Esta remisión exige la reforma de este artículo en los términos de la reforma de la LAP realizada posteriormente, en septiembre de 2015, para adaptarla a la misma, por su carácter de legislación básica.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ-CARO, J., “La Ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas”, *Rev. Adm Sanit.*, 2003, pp. 189-202.

¹⁴⁶ SOLÉ RESINA, J., “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, *RED*, junio 2014. [Disponible en www.cije.up.pt/revistared].

¹⁴⁷ SANCHO GARGALLO, I., 2004, *op. cit.*

¹⁴⁸ *Vid.*, GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, M.E. y CASTELLANO-ARROYO, M., 2012, *op. cit.*, p. 105. Señalan estos autores que, pese a que existen protocolos de consentimiento informado para las diferentes actuaciones asistenciales de riesgo elaborados por diversas entidades (sociedades científicas, CCAA., servicios hospitalarios, etc.), es frecuente encontrar que el documento de consentimiento informado está firmado por el paciente y el médico, pero cumplimentado solamente en los datos generales, «omisión que, según los casos, puede cobrar importancia en aras de una práctica inadecuada y posible responsabilidad profesional».

salud”, en Andalucía, Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia Baleares y Castilla-León, se dice que será “ante cualquier intervención asistencial”; mientras que, en Madrid, La Rioja, Cantabria y Canarias, se obtendrá el consentimiento informado “para realización de procedimientos”. Sin embargo, otras normativas autonómicas —como las Leyes extremeña, gallega, castellanomanchega y murciana—, mantienen la redacción de la LAP cuando dicen que debe obtenerse “ante cualquier intervención asistencial”.

El derecho a no ser informado se contempla en todas las legislaciones autonómicas (excepto en las leyes andaluza, canaria y asturiana). “Así, tanto la ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, como la Ley riojana 2/2002, la madrileña Ley 12/2001, de 21 de diciembre y la balear (Ley 5/2003, de 4 de abril), exigen respeto cuando el paciente desee no ser informado. Por ejemplo, la Ley 6/2002, de 15 de abril de la Comunidad Autónoma aragonesa reconoce en su artículo 8.1 el derecho a no ser informado, al igual que la Ley castellanomanchega, pero ésta exige que quede constancia por escrito en la historia; lo mismo que la Ley 10/2001, de 28 de junio de Salud de Extremadura, con el límite reconocido de que se trate de una enfermedad grave con alto riesgo de transmisibilidad. La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, también exige respeto para quien no quiera ser informado. Por su parte, el Decreto vasco 147/2015 reconoce el derecho a no recibir información cuando el paciente lo manifieste, en igual sentido, en la Ley Foral 17/2010, se recoge que el paciente puede renunciar por escrito dejando constancia en la historia. Idéntica previsión de la Ley 3/2009 de 11 de mayo, de la Región de Murcia y de la Ley castellanomanchega¹⁴⁹.

En cuanto al «contenido de la información previa» acerca de las alternativas de tratamiento, que la LAP trata de forma insuficiente, pues tan sólo se refiere a tales alternativas en el artículo 3 (de definiciones), cuando define la “libre elección” como “la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que

¹⁴⁹ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L. 2019, *op. cit.*, pp. 461. *Vid.*, nota núm. 9.

establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso”, pero sin concretar cómo recibe el paciente tal información acerca de las alternativas terapéuticas, sí abordan este contenido de forma explícita: las legislaciones andaluza, aragonesa, canaria, castellano-leonesa, castellanomanchega, valenciana, extremeña, gallega, madrileña, navarra y riojana así lo hacen.

Las excepciones al «deber de información» son básicamente las mismas que en la legislación básica: cuando el paciente no quiere ser informado, o renuncia expresamente a ello, y ante una urgencia vital, en la que ni el paciente puede ser informado (pensemos, por ejemplo, que no esté consciente y se trate de una urgencia vital) y no podemos contactar con las personas encargadas tomar una decisión en su nombre.

Casos, que en otras situaciones en los que el paciente no pueda prestar un consentimiento válido, entonces, quienes estén autorizados a decidir por él, lo harán bajo la figura de la representación o la sustitución y siempre en beneficio del paciente (fundamentalmente, menores inmaduros¹⁵⁰; pacientes con capacidad legalmente modificada –en tanto en cuanto continúe vigente esta medida, y tras la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁵¹, fundamentalmente en

¹⁵⁰ *Vid.*, MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., 2019, *op. cit.*, pp. 173 y ss. El legislador «ha perdido la oportunidad en la Ley de autonomía del paciente para abordar de una manera global el consentimiento del menor» (p. 174). Además, conforme a lo que hemos planteado, el desarrollo normativo autonómico –no ya de la propia LAP, como afirma el autor, sino del propio consentimiento informado–, «no ha sido en modo alguno uniforme a la hora de regular el estatuto jurídico del menor» (p. 176). Todo ello, como denunciamos «ha provocado una disparidad de regímenes acerca de la posición jurídica del menor» que debería haberse centrado en el menor maduro y las condiciones de seguridad jurídica para que un profesional sanitario pueda determinar esa madurez; para lo que tendríamos que apartarnos del curso de esta investigación y bucear en el profundo mar de la neurociencia y la importancia de la madurez de la corteza prefrontal en la interpretación de las reacciones de los adolescentes. Pero como digo, no es tema de nuestro estudio. Quedémonos con lo que el autor afirma sobre el tema, desde un punto de vista vigotskiano, me atrevería a decir, «Tales regiones prefrontales del cerebro, que son importantes para tareas como organizar y planificar anticipadamente, anticipar las consecuencias futuras de las decisiones, controlar los impulsos, inhibir la respuesta y comparar el riesgo y la recompensa, no están completamente desarrolladas hasta que se alcanza los veinte años» (p. 218), por lo que ni el legislador nacional, ni el legislador autonómico llegan a alcanzar una autoridad más que política e incorrecta desde un punto de vista científico. Mucho menos los jueces, que tienen que “aplicar” la ley en un Estado Constitucional Multinivel como el nuestro, donde, además, tenemos regulaciones europeas y Convenios ratificados que debe integrar, donde de la neurociencia se habla un pimiento.

¹⁵¹ *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOE núm. 132, de 3 de junio).

virtud de su disposición transitoria quinta—; pacientes con discapacidad que no puedan expresar sus deseos y preferencias, incluso contando con medida de apoyo para ello y tengan otorgada judicialmente una curatela representativa).

La terminología que utiliza la normativa autonómica difiere un poco de la estatal: al igual que en la LAP, la palabra “representación” está presente en las leyes cántabra, castellanoleonesa, castellano manchega, extremeña, riojana y balear; mientras que se utiliza el término de consentimiento por “sustitución”, a diferencia de la LAP, en las leyes murciana, catalana, gallega, madrileña, aragonesa, navarra y valenciana. Pero todas coinciden en que el consentimiento informado será «oral de forma general», y que requerirá «forma escrita para intervenciones quirúrgicas, o procedimientos de riesgo». Otras regulaciones autonómicas, por ejemplo, la castellanoleonesa señala que cuando no sea posible recabar el consentimiento por escrito, «se recogerá de forma oral ante al menos dos testigos independientes, los cuales lo declararán por escrito y bajo su responsabilidad».

En Andalucía, por ejemplo, el Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía, publicado en el BOJA núm. 145 de 30 de julio¹⁵²; en vigor desde el 2 de septiembre de 2019, con una técnica legislativa muy deficiente, ignora por completo la legislación básica, en lo que concierne al consentimiento por representación. Así, por ejemplo, al describir el contenido de la «Asistencia dental básica» (artículo 2, apartado 3º), especifica que, «en caso de duda razonable se realizará una exploración radiológica intraoral, previo consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia», sin respetar la normativa superior al respecto. De nuevo, en su artículo sobre «tratamientos especiales», directamente expone al profesional a “saltarse” la normativa nacional, cuando impone acerca de los «Tratamientos

¹⁵² ANDALUCÍA. *Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía*. (BOJA núm. 145, de 30 de julio).

pulpaes y exodoncias en piezas permanentes» del mismo artículo), que decida el propio dentista (y no el paciente), cuando dice (apartado d): “(e)n los casos de lesiones pulpaes irreversibles en piezas permanentes la persona dentista podrá optar por realizar el tratamiento pulpar o extraer la pieza afectada. La decisión deberá basarse en lo que estime como el mayor beneficio para la persona beneficiaria y tras consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia”.

El apartado “d)” del artículo 7, garantiza el derecho del usuario menor de edad a una revisión anual y al tratamiento preventivo o conservador, con consentimiento formulado por escrito «de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia» en los casos de exploraciones radiológicas intraorales para el reconocimiento de la dentición permanente y en los tratamientos pulpaes y exodoncias en piezas permanentes, de nuevo ignorando las prescripciones del artículo 9 de la LAP.

En nuestra opinión, este nuevo Decreto andaluz adolece de defectos insalvables que obligan a su reforma legislativa inmediata, so pena de dejar indefenso al profesional dentista del Programa Andaluz de Asistencia Dental Infantil¹⁵³. En cuanto a la revocación del consentimiento informado, el artículo 8, apartado 5, de la LAP recoge que será “por escrito en cualquier momento”, igual que en todas las normativas autonómicas que establecen que se podrá realizar «en cualquier momento del proceso asistencial,» pero señalando que se realizará “por escrito” (en consonancia con la LAP) únicamente en la Ley riojana «Ley 2/2002», la castellano-leonesa «Ley 8/2003», la castellano-manchega «Ley 5/2010» y la murciana «Ley 3/2009»; mientras que las leyes andaluza, extremeña, navarra, cántabra y valenciana especifican que el consentimiento podrá «revocarse libremente»¹⁵⁴. Por ejemplo, la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria prevé que el usuario pueda rechazar cualquier intervención «por escrito» y «revocar libremente» el consentimiento, en el caso de menores de edad, la Ley 5/2015, de 26 de junio,

¹⁵³ CORPAS PASTOR, L., “La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta de ‘lege ferenda’ (II)”, 2020, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. E., y CASTELLANO ARROYO, M., 2012, *op. cit.*, p.105.

de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales de Galicia, por ejemplo, establece que los menores emancipados o con 16 años «podrán revocar el consentimiento como los adultos».

Aunque no está regulado así, de la misma forma que el consentimiento informado debe quedar reflejado por escrito en la Historia Clínica, con más razón debe quedar reflejada su revocación, en caso contrario, la revocación libre y verbal podría ocasionar problemas de prueba en casos de responsabilidad sanitaria, por lo que tal revocación nos hemos permitido sugerir que “debería ser anotada en la Historia Clínica a los efectos pertinentes”¹⁵⁵.

Toda la normativa autonómica sobre la materia, que fue promulgada antes de la entrada en vigor de la LAP se encuentra derogada tácitamente, en lo que a ella se oponga, a través lo previsto en su DA 1^a. De igual forma, las modificaciones de la Ley nacional que se han producido sobre el consentimiento por representación (fundamentalmente lo recogido en el artículo 9 de la LAP) no presentan ningún problema, porque la LAP también de forma tácita, despliega el efecto de reformar toda la normativa previa autonómica, por tener rango superior y haberse producido con posterioridad a aquella¹⁵⁶. Sin embargo, el verdadero problema reside en la normativa autonómica promulgada con fecha posterior a la legislación básica consolidada, cuando aquella no respeta las previsiones de la LAP¹⁵⁷. Por ejemplo, el “Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por

¹⁵⁵ Cfr., CORPAS PASTOR, L, 2019, *op., cit.*, p. 462. *Vid.*, nota núm. 9.

¹⁵⁶ Tal es el caso de la Ley andaluza 2/2010 de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, cuyo artículo 5.b) remite a la LAP, y que, tras la modificación de la misma en 2015, deroga tácitamente y *contra legem* lo dispuesto en sus artículos 10 y 11, relativos al derecho al Consentimiento informado para personas en situación de incapacidad y en los pacientes menores de edad.

¹⁵⁷ Alguna, ni siquiera la menciona, tal es el caso de la normativa de la Comunidad de Madrid que regula la Prestación dental en la Comunidad (*Vid.*, MADRID. Ley 7/2018, de 26 de diciembre, de Atención a la Salud Bucodental y de creación del Programa de Atención Dental Infantil-Comunidad de Madrid, (BOCM de 28 de diciembre de 2018), que ni se remite a ella, ni contempla nada acerca del Consentimiento informado. Lo cual, si se me permite, dice muy poco de una Ley que tiene por principio “Proteger y garantizar los derechos de los ciudadanos en relación con el acceso, calidad y seguridad de la atención bucodental, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 4.7).

el Sistema Sanitario Público de Andalucía”¹⁵⁸. La derogación del antiguo Decreto 281/2001, sin adaptar el nuevo a la LAP, podría considerarse como una técnica legislativa, por decirlo suavemente, *con un amplio margen de mejora* y que, además, ocasiona una profunda inseguridad jurídica por cuanto los dentistas del Programa público de Asistencia Dental andaluz, al acatar la normativa autonómica, desatienden las previsiones superiores de la LAP; lo cual podría ser fuente de conflictos: este nuevo Decreto, con “con vocación de refundir y simplificar la prestación dental infantil en Andalucía, tratando de evitar la Ley de Contratos del Sector Público” (en vigor desde el 9 de marzo de 2018), ignora previsiones básicas acerca del consentimiento informado –cuyo titular, recordemos, es el paciente. Incluso el paciente infantil y no en todo caso “sus padres, o las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de los menores”, como especifica este Decreto.

Una solución muy sencilla sería la remisión en su articulado al artículo 9 de la LAP, so pena de dejar en una inseguridad jurídica pasmosa a los profesionales del Programa andaluz de Salud Bucodental infantil.

El artículo primero de este Decreto 521/2019, de 23 de julio de la Junta de Andalucía, especifica que su objeto es regular “de conformidad con la normativa vigente”, la prestación dental infantil en Andalucía. Entendemos que la “normativa vigente” a la que alude, abarca la legislación sanitaria completa sobre la materia.

Por otra parte, es relevante la alusión que hace el artículo 9.4 del RD 1030/2006 a “los programas establecidos por las administraciones sanitarias competentes”¹⁵⁹, porque existen Programas de Salud dental Infantil en todas las CCAA, todos ellos con una serie de prestaciones dentales garantizadas a toda la población, incluidos los menores de edad. Pero ello no es óbice para no abarcar las previsiones normativas sobre el consentimiento por

¹⁵⁸ ANDALUCÍA. Decreto 521/2019, de 23 de julio, de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el sistema Sanitario Público de Andalucía. (BOJA número 145, de 30 de julio).

¹⁵⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015(20), pp. 264-290.

representación establecidas en el artículo 9 de la LAP, como ya hemos señalado; por cuanto la solución que da este nuevo Decreto andaluz al consentimiento por representación (con una técnica legislativa más que dudosa), al describir el contenido de la Asistencia dental básica (artículo 2) recogiendo las prestaciones dentales que garantiza (apartado 3º). Es decir, sin respetar la normativa superior al respecto sobre el consentimiento del menor maduro¹⁶⁰. De nuevo, en su artículo sobre «tratamientos especiales», cuando deja en manos del profesional poder optar por realizar el tratamiento pulpar o extraer la pieza afectada. La decisión deberá basarse (dice) en lo que estime como el mayor beneficio para la persona beneficiaria y tras consentimiento formulado por escrito de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia; sin contemplar las excepciones legales, acerca de cuándo acudir al juez en aquellos casos en los que dicho consentimiento deba ser tomado tras consultarle, como impone la legislación básica. Hay que decir que es *el paciente* y no *la persona dentista*, el «titular de este derecho» a decidir qué se hace con su integridad física...

De igual forma, el apartado “d)” del artículo 7, garantiza el derecho del usuario menor de edad “(a) la revisión anual y al tratamiento preventivo o conservador, con *consentimiento formulado por escrito* de las personas que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia en los casos de exploraciones radiológicas intraorales para el reconocimiento de la dentición permanente y en los tratamientos pulpares y exodoncias en piezas permanentes”; de nuevo ignorando las prescripciones del artículo 9 de la LAP. Todo ello, —justamente, al contrario de lo que predica el nuevo Decreto andaluz, cuando dice que son principios de este Decreto los de igualdad de

¹⁶⁰ Como ya avanzábamos en la Introducción, la interpretación que da la doctrina a la normativa sobre el menor maduro todavía no es del todo pacífica, aunque la mayoría está de acuerdo en que más que el criterio de la edad del menor (12 o 16 años, según las normas), tales condiciones de madurez deben ser valoradas en cada caso concreto. *Cfr.*, ALVENTOSA, J. “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, 2019, pp. 534-541; DEL CAMPO ÁLVAREZ, B. “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 213-29, en nuestra opinión, la reforma de la LAP en 2015 sí que fue positiva, como sostenía ALVENTOSA J, 2015 (*op. cit.*), porque habrá que evaluar la capacidad en cada caso concreto, aunque ello nos lleve a criticar la incertidumbre en la decisión que debe recaer en el profesional, si considera que el menor de edad es o no maduro para tomar sus decisiones..., lo que tiene indudables repercusiones jurídicas. *Vid.*, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., 2019, *op., cit.*, p. 244.

género, buena regulación, necesidad, eficacia, proporcionalidad, y (teóricamente) el de seguridad jurídica, “al recoger en un solo texto legal toda la regulación necesaria para la prestación del servicio y ser conforme con la nueva regulación de la Unión Europea y nacional en materia de contratos del sector público”—; olvidando las previsiones de la LAP sobre el consentimiento del menor maduro establecidas en su artículo 9. Porque, como en el resto de la actividad sanitaria, en Odontología resulta esencial “la previa información verbal, simple, clara, leal, continuada durante todo el proceso asistencial, íntima y directamente relacionada con la validez del consentimiento para el procedimiento del que se trate”¹⁶¹. El objetivo principal es dar al paciente toda “la información que necesita para hacer una decisión autónoma del curso de acción que mejor representa sus intereses en un contexto clínico dental”¹⁶². Hubiera bastado una remisión al artículo 9 LAP para zanjar este problema de validez del consentimiento informado para los procedimientos que se describen en este Decreto andaluz.

Otro ejemplo de regulación *contra legem* lo constituye la modificación del artículo 43 que realiza la Ley 8/2018, de 20 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley de Salud de la Comunitat Valenciana, antes mencionada, en la que modifica su artículo 43, añadiendo un dudoso apartado 3, cuando ordena que “el consentimiento deberá recabarse por el profesional sanitario responsable de la intervención quirúrgica, diagnóstica o terapéutica”, ignorando, las previsiones de la LAP acerca del deber de informar de todos los demás profesionales que intervengan. De nuevo, una simple remisión a la LAP podría solventar la situación¹⁶³.

¹⁶¹ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, 475. *Vid.*, nota núm. 9.

¹⁶² *Cfr.*, MARZANO RODRIGUES PETRUZZI, M. N., HAYGERT PITHAN, L., ZANCANARO DE FIGUEIREDO, M. A., y BLESSMANN WEBER, J. B., “Informed consent in dentistry: a standard of good clinical practice”, *Rev. Odontol Cienc.* 2013, 28(1), p. 27. (<http://revistaselectronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fo>).

¹⁶³ Pero hay también aspectos positivos, pues la *Ley 8/2018, de 20 de abril*, de la Generalitat modificadora de la Ley de Salud de la Comunitat Valenciana, regula una circunstancia relativa al derecho a la intimidad, que no está suficientemente regulada por la ley básica: la previsión que añade en el artículo 41.3 acerca del consentimiento por representación de las “personas vinculadas al paciente por razones familiares, o de hecho o por sus representantes legales” con carácter previo, cuando en su proceso vaya a intervenir o estar presentes estudiantes, garantizando el derecho del paciente “a saber que hay presentes alumnos en formación en su procedimiento asistencial”, lo cual es un aspecto novedoso y positivo. Un análisis más detallado sobre el derecho a la intimidad, cuya titularidad entendemos corresponde también al

Tras las modificaciones de la LAP sobre todo, y tras la promulgación de la nueva “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, deberían revisarse las disposiciones normativas autonómicas, en lo que no respete el espíritu de la ley básica y de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, ya en vigor de forma general y para España el 3 de mayo de 2008 (BOE núm. 96, de 21 de abril)”.

1.3. Contenido del consentimiento informado en Odontología

El “Código español de ética y deontología dental”¹⁶⁴ contempla en su artículo 25 el consentimiento informado, reflejando fielmente las previsiones de la LAP. Según este Código, el consentimiento informado deberá proporcionar “información suficiente y ponderada al paciente o a su representante” si el dentista prevé “un riesgo importante”¹⁶⁵ «de los efectos y consecuencias» derivados de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas propuestas para el paciente¹⁶⁶, salvo que no pueda hacerlo en una situación de urgencia, en la que “deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”, en cuanto a la forma, según se establece en el apartado 3 del mismo artículo y en concordancia con lo ya expuesto sobre la LAP, será verbal con carácter general, pero teniendo la obligación de «dejar constancia del mismo en la Historia Clínica». Sin embargo, será «por escrito» cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un “riesgo significativo”.

paciente, al ser un derecho personalísimo, independientemente de su edad y capacidad legal (en concreto las condiciones de su otorgamiento por representación), sería deseable, y probablemente sea explorado en investigaciones futuras.

¹⁶⁴ CGCOE, *Código español de ética y deontología dental*, 2012, *op. cit.* p. 11.

¹⁶⁵ El artículo 25 regula también en segundo lugar, el consentimiento por representación de la “familia o representante legal” del menor o incapaz, salvo casos de urgencia, en los que “deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

¹⁶⁶ El dentista proporcionará información suficiente y ponderada, *basada en el riesgo* que generen sus actuaciones sanitarias, para “obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas”.

Como hemos mencionado, el artículo 25.4 del Código deontológico se refleja claramente en la LAP, a la cual remite expresamente, en cuanto a la responsabilidad de información (dice: “explicación clara, honrada, constructiva y adecuada”). Vemos, por tanto, que, a través del Código deontológico de la profesión de dentista, se pueden adivinar igualmente los elementos del consentimiento informado: «el elemento subjetivo» (dentista y paciente), «elemento objetivo o material» (actos sobre los que es necesario informar, momento y contenido de la información) y «el elemento formal».

Un análisis más detallado del concepto de consentimiento informado nos lleva esquematizar sus elementos. Por una parte, identificamos el elemento subjetivo (paciente/usuario y médico responsable), por otra, el elemento objetivo o material (actos sobre los que es necesario informar, momento y contenido de la información) y, finalmente, el elemento formal (el consentimiento informado será verbal, con carácter general, con obligación de dejar constancia en la historia clínica, pero tendrá que ser por escrito cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un «riesgo significativo»).

Estos tres elementos se extraen directamente de la LAP: el «elemento subjetivo», médico responsable, y paciente o usuario (artículo 3). La titularidad del derecho a la información la tiene el paciente (artículo 5). Por otra parte, la coordinación entre los artículos 8 y 10 establece un sistema nomológico entre el «elemento material» y el «elemento formal» del consentimiento informado: el artículo 8.1, junto con el artículo 10, define el «elemento material»¹⁶⁷, y el artículo 8.2, el «elemento formal», al establecer que el consentimiento se expresará de forma verbal, por regla general; pero se prestará por escrito en los siguientes casos: ”Intervención quirúrgica, Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. El

¹⁶⁷ MIRALLAS MARTÍNEZ, J. A., “Medicina defensiva y Consentimiento informado en rehabilitación”, *Rehabilitación*, 2003, 37, núm. 2, p. 66. Aclara el autor que “la información debe comprender el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del proceso que se trate, y en segundo lugar si el riesgo es típico o conocido, y por tanto previsible, aunque el porcentaje estadístico de que dicho evento se produzca sea mínimo o infrecuente”.

artículo 10 explica la necesidad de la información previa, y define, por tanto, el contenido material ex ante del consentimiento por escrito, concretando sus deberes de información “antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones”.

1.3.1. Elemento subjetivo

A. Titular(es) del deber de información

El consentimiento informado supone un acto con trascendencia médico-legal cuyo fundamento reside en aplicar el principio de autonomía del paciente; es decir, la obligación de respetar al paciente como individuo y su libre decisión sobre actos terapéuticos y/o diagnósticos fundada, precisamente, en la previa información sobre tales procedimientos, alternativas y riesgos; y no consiste en otra cosa que poner en conocimiento del paciente en qué consiste el tratamiento, sus efectos, riesgos y alternativas disponibles a fin de que pueda decidir libremente su sometimiento o no al mismo.

Parece obvio que será el dentista el titular de los deberes de información, pues es quien conoce las alternativas y los riesgos mejor que nadie. Recordemos que el artículo 3 de la LAP define al «médico responsable, como el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales»; y define también al «paciente, como la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados

profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud». Lo que trasladado a nuestro campo de investigación, señala al Odontólogo en la Clínica dental o en el servicio correspondiente, como el profesional «que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente (o del usuario), como interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención, e información durante el proceso asistencial odontoestomatológico» y se colocará en la posición de médico responsable, «sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales», que se refuerza (como dice el artículo 4.3 LAP, in fine: “los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”).

Esta certeza gana nitidez cuando nos acercamos a la clásica distinción, descrita por De Lorenzo y Bascones, quienes identificaron cuatro modelos diferentes de ejercicio profesional de la Odontología¹⁶⁸: el ejercicio individual e independiente; colectivo e independiente; privado dependiente y el ejercicio público y dependiente¹⁶⁹.

Es importante señalar que, en cada tipo de ejercicio profesional, será el dentista quien informe, pero no parece que sea el único titular de dicho deber: la LAP configura el deber de informar, centrándolo en el «médico responsable», sin perjuicio de “las obligaciones de otros profesionales que

¹⁶⁸ Cfr., DE LORENZO, R. y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 36. Los autores identificaron *cuatro tipos de ejercicio profesional: individual e independiente* (modelo que hemos elegido para analizar *ut infra* con más detalle la responsabilidad civil), colectivo e independiente, ejercicio privado dependiente (modelo que actualmente goza de gran vigencia, de la mano de las macro clínicas franquiciadas en las que el paciente/cliente/consumidor celebra un contrato con el centro sanitario y en la que el ejercicio profesional es mucho más peligroso para el profesional, que se ve “atrapado” en una estructura organizativa, en la que la mayoría de las veces no elige calidades, ni controla la secuencia del tratamiento, y muchas veces se ve obligado a trabajar de forma acelerada, con la evidente repercusión en la calidad de su trabajo y por consiguiente, expuesto a reclamaciones con mayor frecuencia).

¹⁶⁹ Vid., intensamente, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 291 y ss.; análogamente a la realidad médica, en la que la autora diferencia el ejercicio de la medicina de forma individual e independiente y el ejercicio dependiente en el sector público, que no analiza; el ejercicio de forma colectiva e independiente; el ejercicio de forma dependiente en el sector privado y las distintas relaciones entre los sujetos partícipes. Particularmente interesante es la descripción que hace de un «contrato tácito» entre el paciente y el anestesiista (p. 297), y vislumbra la misma superación del artículo 1257 CC que nosotros hemos estudiado en el Apartado 2.4, dentro del Capítulo II de este trabajo.

participan en las actuaciones asistenciales”, quienes “también serán responsables de informarle”. Se trata, por tanto, de un deber que está «compartido» con los demás profesionales sanitarios implicados.

En España se han producido cambios importantes en la profesión odontológica en los últimos treinta años, los cuales han promovido una mayor necesidad de incluir en la práctica clínica los principios bioéticos y qué mejor momento que durante su formación universitaria¹⁷⁰. Es en ese momento donde se forjan las habilidades éticas del dentista y quizás por ello, ha cobrado gran importancia la inclusión de los aspectos éticos y bioéticos que regulan la profesión de dentista¹⁷¹. De hecho, el perfil de competencias del odontólogo graduado para la Comunidad Europea reconoce como una de las principales competencias que debe obtener el dentista tras su formación son la ética y ciertas nociones básicas del derecho para la atención de pacientes individuales y de comunidades¹⁷².

Pero es que, a día de hoy, el conocimiento real que del consentimiento informado tienen los dentistas es “entre medio y bajo”¹⁷³, lo que significa un peligro potencial, más para el profesional, que para el paciente. El fallo está, como luego veremos, en considerar el documento de consentimiento como un elemento de exoneración de culpabilidad, en lugar de un proceso de

¹⁷⁰ PALLARÉS PIQUER, M., GIL-QUINTANA, J., SANTISTEBAN ESPEJO, A., (Coord.), *Docencia, Ciencia y Humanidades: hacia una enseñanza integral en la Universidad del Siglo XXI*, Dykinson, S.L., Madrid, 2021, p. 1210. La enseñanza de bioética debería ser potenciada durante la formación de pregrado, pues la manera de afrontar la relación del dentista con el paciente comienza durante las prácticas de la carrera. Los autores afirman que es en ese momento donde todo comienza: los alumnos de Odontología tienen el conocimiento para efectuar los tratamientos «de toda índole y complejidad, ya sean alumnos de grado para los tratamientos más sencillos, o alumnos de máster para los más complejos, y en algunos casos, de forma excepcional -sobre todo en cirugías de alta complejidad-, por el profesor, rodeado de los alumnos del programa correspondiente».

¹⁷¹ DAMIÁN NAVARRO, L., FLORES MORI, M., FLORES MENA, B., “El Consentimiento informado en Odontología, un Análisis Teórico”, *Rev. Estomatol. Hered.*, 2014, pp. 42-7.

¹⁷² VON KRETSCHMANN RAMÍREZ, R. y ARENAS MASSA, Á., “Enseñanza de bioética en la carrera de Odontología”, *Reflexiones y prospectivas. Pers. Bioét.*, 2016, pp. 257-270. Cfr., ZAROR SÁNCHEZ, C., MUÑOZ MILLÁN, P., y ESPINOZA ESPINOZA, G., *et al.*, “Enseñanza de la bioética en el currículo de las carreras de Odontología desde la perspectiva de los estudiantes”, *Acta Bioeth.* 2014, pp. 135-142.

¹⁷³ GIANNÍ, M., *et al.*, *op. cit.*, 2021, p. 185.

entendimiento y comunicación bidireccional entre el dentista y el paciente, que resulta de exigencia no sólo ética y profesional, sino también jurídica.

Como veremos más adelante, los dentistas se han sensibilizado respecto del consentimiento informado, principalmente debido al incremento en el número de pacientes que han iniciado acciones judiciales y a la existencia de sentencias condenatorias basadas en la ausencia de tal consentimiento. Así, “mientras el público tiene una preocupación creciente por los derechos de los pacientes, el incremento en los costos de seguro por mala praxis genera la misma preocupación entre médicos y dentistas”¹⁷⁴, por lo que el dentista seguramente se preocupará en buena medida de tener registrado el consentimiento informado.

Como decimos más arriba, nos queremos centrar en el ejercicio privado que es más frecuente actualmente (superior al 80%), es decir, el ejercicio profesional privado, individual e independiente; pero en el que la asistencia dental ya no es tan simple como hace años: como siempre, el paciente acude a un dentista de confianza, pero ahora, este le brinda toda una pirámide asistencial, de la que forman parte no solo él mismo, de forma individual e independiente, sino otros profesionales también independientes, individuales o colectivos, o bien dependientes y en la que sobre quien consiente ser intervenido, opera no solamente el dentista de confianza, sino que se da cabida a la actuación tanto de operadores dependientes como independientes de éste, con obligaciones y nivel de responsabilidad no muy bien estudiados.

Los estándares de calidad son tan altos en las clínicas dentales, que en Noviembre de 2011, el CGCD, junto con la Asociación Española de Normalización y Certificación pusieron en marcha hace años un programa de calidad, e incluso diseñaron una norma española de Calidad en los centros y

¹⁷⁴ TORRES QUINTANA, M. A., ROMO, F., “Bioética y ejercicio profesional de la Odontología”, *Acta Bioeth.*, 2006, p. 72.

servicios dentales, tal es la preocupación por el Consejo por garantizar la calidad de las clínicas dentales¹⁷⁵.

Según la definición contenida en el anexo del RD 1277/2003, de 10 de octubre, las clínicas dentales son “centros sanitarios en los que se realizan actividades sanitarias en el ámbito de la salud bucodental”¹⁷⁶ y como tales, podrán tener una o varias «unidades asistenciales» o «servicios» entre su oferta asistencial. Tales como la unidad asistencial de Odontología/estomatología (U.44), que se define como aquella «en la que un odontólogo o estomatólogo es responsable de realizar actividades profesionales encaminadas a la promoción de la salud bucodental, llevando a cabo la prevención, diagnóstico y tratamiento de las anomalías y enfermedades de los dientes, la boca, los maxilares y los tejidos anejos en el individuo y en la comunidad, así como la prescripción de Medicamentos, prótesis y productos sanitarios en el ámbito de su ejercicio profesional»; o la unidad asistencial de Cirugía maxilofacial (U.45), que se define en los términos siguientes: «en la que un médico especialista en Cirugía oral y maxilofacial es responsable de realizar el estudio, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades de la cavidad bucal y de la cara».

El artículo 3 del Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio¹⁷⁷ especifica que las consultas dentales serán atendidas personalmente por un dentista (textualmente, «organizadas, gestionadas y atendidas directa y personalmente por un Odontólogo o un Estomatólogo»).

¹⁷⁵ Vid., AENOR, *Norma Española UNE 179001*, elaborada por el comité técnico AEN/CTN 179 *Calidad y seguridad en los centros de asistencia sanitaria* cuya Secretaría desarrolla AENOR.

¹⁷⁶ *Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios*. (BOE núm. 254, de 23 de octubre). Este RD tiene la finalidad, como advierte en su Preámbulo, no de ordenar las profesiones sanitarias, sino sentar las bases para las garantías de seguridad y calidad de la atención sanitaria. Debemos, si atendemos al propósito de la norma, tomar buena nota de este RD y tenerlo en mente, cuando conectemos la responsabilidad de los profesionales en aquellos casos en los que podamos apreciar defectos de organización o funcionamiento en los que tal profesional sanitario sea responsable de los daños a usuarios y consumidores, con base en la imputación de su “culpa” en sede del TRLGDCU.

¹⁷⁷ *Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista dental*. (BOE núm. 215, de 8 de septiembre).

Entendemos que este Real Decreto se refiere con ello a los centros sanitarios denominados clínica dental, por lo que, en nuestro caso, si el centro sanitario opera como tal, debe estar dirigido personalmente por un «dentista», tenga las unidades asistenciales que tenga, si su autorización de funcionamiento se le ha otorgado como clínica dental.

Es muy importante señalar que dicho «dentista» será quien esté obligado como médico responsable a brindar la previa información al paciente, “sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la LAP. Información que debe quedar constancia de la misma en las Historias Clínicas; las cuales se organizan por centros, por lo que el usuario será de la clínica (del centro sanitario); es decir, del dentista de confianza.

Actualmente, en el panorama español existen en la práctica diferentes «especialidades» dentales. Hoy día, es difícil que un profesional domine todas las ramas de la Odontología, por lo que la oferta de especialistas, en función de las necesidades concretas que tenga el usuario, resulta cada vez más frecuente y, por tanto, realmente el procedimiento contratado lo realiza un profesional (casi siempre externo) al propio contrato; ya que por lo general, ya no se derivan a otro profesional externo, sino que “se le llama” al profesional especializado para que realice en la clínica ciertos procedimientos que no alcanza el dentista que planifica el tratamiento. Por ello frecuentemente, cada vez más, en la clínica dental trabajan diversos profesionales odontólogos “especialistas” en “Ortodoncia”, “Cirugía Oral”, “Odontopediatría”, “Endo/periodoncia”, “Prótesis”; o Médicos especialistas en “Cirugía Oral y Maxilofacial”, en este punto, insistimos que la responsabilidad de informar corresponde en virtud del artículo 4.3 de la LAP¹⁷⁸, al médico responsable (dentista que directa y personalmente organiza, gestiona la clínica dental y atiende al paciente), sin perjuicio de la obligación que les corresponda a los demás profesionales que realizan sus especialidades

¹⁷⁸ *Cfr.*, Artículo 4. 3. Ley 41/2002 de 14 de noviembre. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

y que la Historia Clínica del paciente en el centro sanitario debe reflejar esta información.

Por tanto, la información que el dentista proporcione al paciente/cliente/consumidor acerca del tratamiento especializado que en su clínica dental realice otro profesional “especialista” colaborador, debe quedar reflejada en la Historia Clínica porque es su responsabilidad legal exigida por la LAP, además de deontológica, como hemos señalado; sin perjuicio de que el colaborador también esté obligado a informar al usuario.

Conviene analizar separadamente este extremo, por cuanto ante un defecto de información en el consentimiento informado, el paciente reclamará al dentista de confianza al cual acudió (el “médico responsable” del procedimiento en cuestión) y la responsabilidad de informar está compartida entre todos los profesionales que intervengan (sean o no dependientes del principal, como en el caso de los Higienistas dentales y Protésicos dentales, respectivamente).

Por otra parte, en cuanto a la categorización de la relación dentista-paciente, como veremos en el capítulo siguiente, la doctrina ha querido identificarla con un “contrato de arrendamiento de servicios, o de obra, siendo por tanto la relación, relativa a ambas partes”¹⁷⁹. Pero los efectos externos de este contrato se extienden más allá de las partes contratantes (dentista y paciente) porque incluso sin que mediara la intervención de estos colaboradores especialistas, en la propia relación paciente-dentista hay también otros profesionales (sanitarios) implicados (como por ejemplo el Protésico dental o Higienistas dentales, como explicamos al principio), los cuales por lo general, serán auxiliares del principal; en con su correspondiente régimen jurídico de responsabilidad.

¹⁷⁹ Cfr., DE LORENZO Y MONTERO, R., *Secc. XXXVI. Aspectos Jurídicos*, en BASCONES MARTÍNEZ, A., (Coord.), *Tratado de Odontología*, Tomo IV, Madrid, Trigo Editores, 1998, p. 4623. Este autor afirmaba acerca del Consentimiento informado en Odontología, que “la consideración de que las relaciones Odontólogo-paciente responden a la estructura de un contrato sobre cuya naturaleza jurídica se discute es antigua y por tanto también es antigua la exigencia del consentimiento como requisito esencial para la válida constitución de la relación. Lo contrario, es decir, el inicio del tratamiento sin consentimiento del paciente, se consideraba un delito de coacciones”.

Por este motivo decíamos que en la actualidad podría existir una verdadera «relación piramidal» tridimensional, en la cual, el consumidor celebra con el dentista un contrato que “implica una serie de obligaciones de medios o de resultado, con muchos más actores que el propio dentista contratante” y cuya naturaleza es una incógnita que mantiene en vigor las discusiones doctrinales al respecto; que por otra parte no puede generalizarse, puesto que cada relación dentista-paciente es diferente: la única constante es que el resultado siempre está presente en la actividad odontoestomatológica y es el fin orientador de la misma; ya sea como contrato de arrendamiento de servicios sanitarios, de arrendamiento de obra o de resultado (improbable), o bien se trate de un simple suministro mercantil de bienes y servicios dentales, o un contrato de tratamiento odontológico, como analizaremos en el apartado correspondiente.

El paciente demanda una asistencia como paciente, o un servicio, como cliente, en ambos casos se persigue un resultado como consumidor. Como paciente o como cliente, el paciente consiente una determinada intervención con el fin de lograr ese resultado. De este consentimiento surge un contrato y este contrato es fuente de obligaciones¹⁸⁰. Una de las particularidades de la Medicina (y de la Odontología en particular) reside en la irremediable y dinámica variabilidad biológica de cada paciente, sobre el que se despliega la actividad del profesional: si un mismo paciente no reacciona igual ante un mismo procedimiento, resulta iluso esperar que el mismo procedimiento sea igual en diferentes pacientes... Igualmente, en unas ocasiones, y según se haya

¹⁸⁰ DE LORENZO Y MONTERO, R., 1998, *op. cit.*, p.4623. Desterrada hoy queda la idea que plasmaba cuando afirmaba que “la obligación asumida es realmente la de conseguir un resultado, en determinadas especialidades, como la realización y colocación de prótesis: la ejecución de la prótesis...”, aunque previamente decía que la “obligación primordial [...] es de medios, y no de resultados”, “puede definirse este contrato de prestación de servicios Odonto-Estomatológicos como «aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud bucodental». Un contrato intuitu personae en cuanto se concluye en consideración a las cualidades de la persona, lo que lleva como consecuencia, la obligación primordial del facultativo de prestar sus servicios personalmente o por medio de un equipo del que asuma la dirección inmediata y de cuyas actuaciones se haga directamente responsable, “la dificultad surge cuando se trata de encuadrar la relación jurídica que nace del contrato de prestación de servicios médicos en alguno de los tipos contractuales conocido por el Derecho [...], las prestaciones que en cada caso asume el profesional y la forma en que ejerce su profesión no parecen permitir englobar todas las múltiples variedades de la compleja actividad médica en un solo supuesto [...] y se ha hecho notar que, como tal, no se encuentra regulado en nuestro Derecho”.

configurado la relación, el tratamiento jurídico será variable, diferente a otro, en cuanto a responsabilidad; como veremos detenidamente más adelante.

Lo cierto es que, actualmente, el paciente/cliente es consciente no sólo de su capacidad de elección informada acerca del tratamiento a seguir, sino que, como consumidor, tiene derechos que la legislación le otorga. Hasta ahora, y precisamente por el tipo contractual tan sui generis por su objeto, los tribunales han limitado hasta el extremo la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios en temas sanitarios que llega a ser contra legem y son reacios a acudir a ésta, dejándola solo para los daños ocasionados a consecuencia de la organización de la asistencia, como veremos más adelante.

Lo que está claro es que quien consiente es el paciente/cliente/consumidor quien, tras un conocimiento cabal de los riesgos y alternativas de la intervención, opta por uno u otro procedimiento. Y consiente con el dentista, que es plenamente responsable (y garante) del deber de información que tienen todos “los otros” profesionales que eventualmente intervengan.

B. El destinatario de la información. El consentimiento por representación

Como acabamos de ver, la regla general es que el paciente sea el destinatario de la información. “Se deberá proporcionar una información suficiente y ponderada al paciente o a su representante”, a tenor de las normas éticas del CGCCDE: el artículo 25 del *Código deontológico* también regula el «consentimiento por representación» de la “familia o representante legal” del menor «o incapaz», salvo casos de urgencia (en los que “deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”)¹⁸¹.

¹⁸¹ CGCD, *Código español de Ética y Deontología dental*. Texto aprobado por Acuerdo de la Asamblea General, celebrada los días 9 y 10 de julio de 1999 (Acuerdo AA17/1999). Texto consolidado vigente a partir de junio de 2012. Disponible en <https://www.consejodentistas.es/>, p. 11. El Código especifica (Apartado 2 del artículo 25): “En aquellas circunstancias en que el paciente no estuviere en condiciones de prestar su consentimiento a la intervención profesional por minoría de edad, incapacidad o

Veremos a continuación ciertos supuestos especiales, por ejemplo, cuando el destinatario es un menor sin la madurez necesaria para tomar decisiones, o bien personas con discapacidad, en los que habrá que diferenciar cuando se trate personas que puedan expresar con comprensión, sus deseos o preferencias, con las medidas de apoyo que necesiten para ello, a tenor de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*¹⁸², si fuera de aplicación; en los que el dentista deberá valorar la capacidad del paciente en cada caso; o bien, aquellas otras que dispongan de una curatela judicial representativa, como medida de apoyo, en estos casos, si la persona con discapacidad no puede expresar sus preferencias, tendrá que acudir a la emisión del consentimiento por representación.

A la pregunta de quién consiente, claramente, respondemos que el sujeto cuya integridad física y moral está en juego. Es decir, el paciente será «el titular del derecho al consentimiento informado»¹⁸³, efectivamente, porque sobre su cuerpo se actúa.

Pero hay ciertos casos, en los que, por razones prácticas, su consentimiento no lo presta por sí y otros casos que por razones personales no quiere ser informado. Estos son los dos límites que la LAP recoge con mayor o menor fortuna en su artículo 9, cuya redacción original fue objeto de una (necesaria) reforma, como veremos más adelante.

Por un lado, se regula el consentimiento por representación, y, por otra parte, se contempla la situación en que el paciente no quiera ser informado, lo cual se respeta siempre que se haga constar “su renuncia documentalmente” y no será necesario el consentimiento, “en aquellos casos que «exista riesgo para

urgencia de la situación, deberá solicitarlo a su familia o representante legal, y si no le resultara posible, ante una situación de urgencia deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional”.

¹⁸² *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. (BOE núm. 132, de 3 de junio).

¹⁸³ *Vid.*, ANDREU MARTÍNEZ, M. B., 2018, *op. cit.*, pp. 85 y ss. Aclara que, “si nos encontramos ante un menor no maduro (menor que no es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención a la vista del caso concreto, ya sea por debajo o por encima de los 16 años), la información se facilitará a los representantes legales” en aplicación del artículo 4 de la LAP. Además, dicha información deberá ser «adaptada a sus capacidades de comprensión».

la salud pública», en caso de «internamiento», existe la obligación de comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas; o cuando exista “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo” sin que sea posible conseguir su autorización, con la obligación de consultar si es posible a la familia o allegados, en este caso, el apartado 2.a) del artículo 9 de la LAP especifica:

"En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas".

La recentísima modificación del artículo 287 CC, operada a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, deja intactas dentro del marco legalmente previsto las facultades de representación del curador de la persona con discapacidad que cuente con la medida de apoyo judicial de «curatela representativa»¹⁸⁴, expresamente cuando dice, en su apartado 1º, que “necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”.

¹⁸⁴ N. B. Lo dispuesto por el art. 287.1º CC hace una salvedad en cuanto a lo legalmente dispuesto en materia de consentimiento informado en el régimen actual de la curatela. En la actualidad, dado que la LAP no ha sido modificada por la Ley 8/2021, ciertamente, surgen problemas interpretativos: cuando nos referimos a que “deja intactas” las facultades de representación del curador de la persona con discapacidad que cuente con esta medida de apoyo, hacemos alusión a que necesitará autorización judicial el curador para emitir el consentimiento informado por representación, «dentro del marco legalmente previsto». Esto es, siendo representante legal de la persona en favor de quien se ha constituido la curatela, es dable a interpretación la posibilidad legal del curador de actuar por representación. Sobre todo, teniendo en cuenta que no se ha modificado la LAP en este aspecto: tanto la Ley básica, como la Ley 8/2021 promueven el respeto a la autonomía del paciente con discapacidad, pero aquél a quien se dote de la medida del curador y la decisión no fuera coincidente con sus anhelos o deseos, precisamente el art. 287.1º propugna directamente la posibilidad de que la persona con discapacidad exprese sus preferencias siempre. Como en todos los casos, si fuera necesaria la intervención judicial, sería el propio juez quien tendría que autorizar o no una determinada actuación, conjugando en el caso concreto la autonomía, pero también la seguridad y derecho a la integridad y dignidad, del paciente. Las matizaciones sobre este tema trascienden el objeto de esta tesis, y pueden dar pie a líneas de investigación futuras con un marcado carácter de actualidad práctica.

Si tenemos en cuenta que, por su objeto, el consentimiento informado constituye una variedad de consentimiento contractual muy cualificada, por el que el paciente consiente alguna intervención diagnóstica o terapéutica sobre su propia integridad, debemos pensar en que como tal, despliega unos efectos íntimos y algo más superiores que el consentimiento del artículo 1262 CC, en realidad, el consentimiento informado es algo más que el consentimiento del Código civil (pero nunca algo menos). Es decir, como acto médico-legal vincula íntimamente a quien en su nombre se emite, pero también a quien informa, superando la relatividad del artículo 1257 CC, pero con toda la intensidad que supone una obligación nacida según dispone el artículo 1089 CC, pero con la fuerza de los contratos que le da el artículo 1258 CC: El consentimiento informado, en tanto declaración de voluntad, genera una obligación de cumplir no solo a lo pactado, sino también todas sus consecuencias conformes a la Ley, incluyendo las derivadas del artículo 1091 CC y ss., en concreto a las obligaciones que prevé el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto del Código Civil. Podríamos concluir expresando que el consentimiento informado es un acto que no vincula a los intervinientes en menor medida que lo previsto en el artículo 1258 CC.

La voluntad del sujeto titular del derecho al consentimiento informado prima en este ámbito tan delicado, por lo que existiendo medida de apoyo y regulaciones sobre el consentimiento por representación siempre serán subsidiarias, previa consulta al interesado en una forma por él entendible. Se trata de dar una solución práctica a problemas que suceden en la realidad.

Sin embargo, la legislación parece que “baila”: aunque la reforma de la LAP de 2015 era muy necesaria, quizás el consentimiento por representación sigue regulado de forma todavía algo imprecisa, dejando en última instancia en manos del profesional decisiones trascendentes sobre quien sea o no capaz de comprender y asumir la intervención y sobre todo, después de la entrada en

vigor de la reforma sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a través de la Ley 8/2021, de 3 de junio¹⁸⁵.

Además, el dentista deberá acudir en ciertos momentos al juez y sobre toda su actuación planea lo que sea justo y en ciertos casos el “superior interés” como expresión del principio de oportunidad, concretamente en el caso de los menores de edad. Cadenas Osuna opina que existe una “presunción iuris tantum de capacidad si el menor tiene dieciséis años cumplidos (o está emancipado) y necesidad de acreditar su capacidad «id est, que se trata de un menor maduro» si no ha cumplido aún dicha edad [...] es él quien debe decidir sobre el procedimiento propuesto, sea en el sentido de consentirlo, sea en el sentido de rechazarlo, sin que puedan ni sus padres ni el tribunal vetar su decisión”¹⁸⁶.

De esta forma, los mecanismos de capacidad jurídica efectiva del Derecho Civil ceden ante el Derecho Sanitario, en el que la especificidad del objeto del contrato hace aflorar en términos puros de consentir, la capacidad de menores o personas con discapacidad, si éstos son capaces de entender las alternativas y los riesgos del procedimiento diagnóstico o terapéutico correspondiente, con madurez suficiente o bien, mediante las oportunas medidas de apoyo en cuanto a las personas con discapacidad y únicamente en caso contrario, el consentimiento requeriría representación¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOE núm. 132, de 3 de junio).

¹⁸⁶ CADENAS OSUNA, D., “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*”, *ADC*, tomo LXXI, fasc. III, 2018, p. 847.

¹⁸⁷ *N.B.* Hay que tener en cuenta que, probablemente, la diferencia que tradicionalmente ha existido entre el concepto de «capacidad jurídica» como la aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes y el concepto de «capacidad de obrar» como su aptitud para ejercicio de tales derechos y deberes, por más que tradicionalmente nos hayamos empeñado en separarlos como categorías diferentes, no se distingue entre ambos; sobre todo a partir de la promulgación de la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La nueva redacción dada por esta Ley al artículo 250 CC viene a reafirmar el ejercicio de la capacidad, señalando las medidas de apoyo con las que pueden contar las personas con discapacidad a partir de su entrada en vigor, 3 de septiembre de 2021. Las medidas de apoyo que reconoce expresamente regula esta ley, son de tres clases: voluntarias («poderes notariales» ex artículo 256 CC y ss., de comunicación obligada al Registro Civil, según ordena el artículo 261 CC, «mandatos preventivos de futuro» ex artículo 255 CC, la autotutela y otras medidas de apoyo actuales o futuras, informales (de suma importancia, si la persona con discapacidad no llegase a adoptar las voluntarias; tales como el

En resumen, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los supuestos en los que cabe el consentimiento por representación quedarían reducidos a aquellos casos en los que los menores sean «inmaduros» y aquellas personas con discapacidad sobre las que se haya acordado una medida de apoyo judicial con funciones de «curatela representativa»; porque la doctrina mayoritaria es pacífica en cuanto a la validez del consentimiento emitido por el menor maduro en cuestiones que afecten a su esfera íntima e integridad personal. Queda atrás la reforma de 2015 (que no dejó indiferente a la doctrina; ya que inicialmente hubo discrepancias y posicionamientos en contra, considerándola «inadecuada»¹⁸⁸; principalmente porque ante situaciones de grave riesgo para la salud, quedaba anulada completamente la autonomía del menor; mientras simultáneamente, otros sectores la entendieron como adecuada, porque la ley original suponía la madurez en menores de edad, mayores de dieciséis años –cosa que no sucede en todos los casos–; por lo que la limitación en su autonomía resultaba «adecuada» a un sector doctrinal¹⁸⁹).

En cuanto a las «personas con discapacidad», “en absoluto respeto a la dignidad de la persona”, el artículo 9.7 de la LAP establece que, si bien el consentimiento podrá prestarlo el representante¹⁹⁰, éste será en palabras de Vivas Tesón, “siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”¹⁹¹. Así, a la persona con discapacidad hay que informarla en términos para ella comprensibles, conforme al “principio del diseño para

reconocimiento legal del «cuidador de hecho» (artículos 263 a 267 CC, dentro del Capítulo III, denominado “De la Guarda de hecho de las personas con discapacidad” del nuevo Título), y finalmente, de forma subsidiaria a las anteriores, las judiciales (en concreto, la «curatela», artículo 268 CC en su nueva redacción, con eventuales funciones de representación, en casos muy excepcionales y únicamente cuando no se hayan adoptado previamente medidas de apoyo voluntarias o informales). Queda pues, un reducto al concepto de «capacidad de obrar», de forma residual y únicamente reservado para menores de edad no maduros.

¹⁸⁸ LOMAS HERNÁNDEZ, V., “La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *CESCO*, 18 de septiembre, 2015. (Disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>).

¹⁸⁹ *Ídem*.

¹⁹⁰ CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, p. 468. *Vid.*, nota núm. 9.

¹⁹¹ VIVAS TESÓN I., “Discapacidad y Consentimiento informado en materia de tratamientos sanitarios y de bioinvestigación”, *Civilistica.com*, 2014. (Disponible en <http://civilistica.com/discapacidad-y-consentimiento-informado-en-materia-de-tratamientos-sanitarios-y-de-bioinvestigacion/>)

todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”, de conformidad con la regulación vigente en la materia¹⁹².

Muchos señalaban que eran los tratados internacionales (y en concreto, la Convención de Nueva York de 2006¹⁹³ y muy especialmente, su artículo 12), los que estaban indicando la dirección que debía tomar la interpretación plena del artículo 10 de la Constitución española de 1978 y algunos avisaban de la llegada de un “auténtico tsunami que afectaría a todo el ordenamiento jurídico”¹⁹⁴ tras la ratificación por España de esta Convención. Así, Barba, recogiendo una idea de BARRANCO y cols.¹⁹⁵, recuerda que dicho artículo 12 «debe considerarse el nivel más alto de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con el disfrute y el ejercicio de su capacidad». Como sostiene Solé Resina, resulta en este punto necesario recordar el alcance constitucional del derecho a la dignidad del enfermo que expone la STC núm. 120/1990, de 27 de junio¹⁹⁶, según la cual, “la dignidad

¹⁹² *Ídem*.

¹⁹³ *Cfr.*, LÓPEZ SAN LUIS, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *InDret*, 2/2020, pp. 111-138; y SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la Legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *RDC*, 2020, Vol. VII, núm. 5, p. 410, que en nota a pie de página menciona el «testamento» dentro de los “actos personalísimos” que poseen las personas con discapacidad, y reconoce la Convención de 2006.

¹⁹⁴ *Cfr.*, GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *RDC*, 2018, Vol. V, núm. 3, p. 174.

¹⁹⁵ BARBA, V., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención Sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Rev. cubana de derecho*, 2021, 1 (núm. 1), p. 282. [El autor cita textualmente el trabajo de BARRANCO, M. C., CUENCA, P., y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad», que fue publicado en 2012, en *el Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V (pp. 53-80)], en este trabajo, el Prof. VINCENZO BARBA sugiere unas medidas urgentes en el derecho italiano, en el sentido de «repensar sistemáticamente toda la disciplina de la persona con discapacidad, abandonando, en primer lugar, el uso de la expresión “incapacidad” y superando el rígido binomio capacidad-incapacidad, que ha constituido históricamente el paradigma de la protección de la persona» en aquél sistema, paralelo al nuestro español pasado contemporáneo.

¹⁹⁶ SOLÉ RESINA, J., “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, *RED*, junio 2014. (Disponible en www.cije.up.pt/revistared).

ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...] constituyendo, en consecuencia, un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven el menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”¹⁹⁷. Según este autor, el paciente “por el mero hecho de serlo y acudir a la asistencia médica, en ningún caso va a perder su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y el derecho de autodeterminación que le es inherente, con relación a su salud. Señala que tiene derecho a conocer tanto el diagnóstico de su enfermedad, como sus consecuencias; las diferentes alternativas y sus efectos, para luego decidir”¹⁹⁸. La Ley 8/2021 ha venido a sancionar lo que la doctrina sugería mucho antes, y que las disposiciones normativas de rango superior ya exigían.

Sobre el consentimiento por representación o por sustitución, las disposiciones normativas autonómicas plantean leves diferencias: “Así, por ejemplo, en Andalucía, la Ley 5/2003, de 9 de octubre de declaración de voluntad vital anticipada, hace referencia a la designación de un representante (artículo 3) que será quien lo sustituya en caso necesario y la Orden de 29 de noviembre de 2006, por la que se regula la asistencia dental a personas con discapacidad severa, dice que «el Consentimiento informado por escrito será por parte de la persona afectada o por su representante legal o persona autorizada legalmente»”. Al igual que la Orden de 8 de julio de 2009, por la que se dictan instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de consentimiento informado, cuando establece que se otorgará «por representación» (artículo 9). De la misma manera que ley cántabra (Ley 7/2002, de 10 de diciembre); castellanomanchega (Ley 5/2010, de 24 de junio); o riojana (Ley 2/2002, de 17 de abril), por ejemplo. Por otra parte, algunas otras denominan a este consentimiento prestado «por sustitución» como, por ejemplo, las leyes de

¹⁹⁷ Cfr., SANCHO GARGALLO, I., 2004, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁸ *Ídem*.

Aragón (Ley 6/2002, de 15 de abril); valenciana (Ley 1/2003, de 28 de enero); gallega (Ley 3/2005, de 7 de marzo), que en el apartado cuarto de su artículo único modifica el artículo 6 de la ley 3/2001, de 28 de mayo; o la murciana (Ley 3/2009, de 11 de mayo), que se refiere también en su artículo 46 al consentimiento “por sustitución”.

En realidad, resulta intrascendente la expresión literal (“por sustitución”, o “por representación”) en que los textos legales recojan la institución por la cual se resuelve una imposibilidad de otorgar el consentimiento informado. Lo que se trata es dar una solución a un problema real (que, insistimos, ha quedado relegado para menores inmaduros y para personas con medida de apoyo representativa, en otro caso, la decisión corresponde al titular del derecho a su propia integridad física).

A tenor del art. 162 CC, «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», con excepciones, entre ellas, “actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”¹⁹⁹ (cosa, que por otra parte, ya recogía el artículo 154 CC, sobre los hijos no emancipados bajo patria potestad, respecto a su derecho a «ser oídos» si tienen «suficiente juicio»).

La LAP deja claro que el titular del derecho al consentimiento informado es el paciente²⁰⁰; es decir, el sujeto que pone en juego su integridad. Pero,

¹⁹⁹ Cfr., ESQUERDA ARESTÉ, M., PIFARRÉ PARADERO, J., y MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, 11 (4), pp. 204-211. Según estos autores, a tenor de lo establecido en la ley del menor, se especifica que la madurez del menor se valorará “por personal especializado”, teniendo en cuenta dos aspectos fundamentales: “el desarrollo evolutivo del menor”, y “su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”, (sin tener unos criterios exactos de cómo valorar la madurez, aunque se han propuesto algunos protocolos para dicha valoración). Y establece una presunción legal: “se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”. Quiere esto decir que el consentimiento informado lo va a dar el mayor de 12 años porque salvo prueba en contrario, es suficientemente maduro para prestarlo. Como vemos, el nivel de inseguridad jurídica al que se somete el dentista es extraordinario. Y el panorama se complica con las diferentes normativas autonómicas, ya que, en algunos casos, existen regulaciones vigentes que no concuerdan con la LAP, que por su carácter básico deroga tácitamente cualquier regulación normativa autonómica contraria a sus disposiciones.

²⁰⁰ Cfr., OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *EIDON*, 2014, núm. 41, p. 40. El autor, además, refuerza esta idea, con base en “la Resolución C 148/37, de 16 de junio de 1986, del Parlamento Europeo, sobre una *Carta Europea de los Niños Hospitalizados*, establece que el menor tiene

efectivamente, el consentimiento no siempre puede ser ejercitado por los titulares del derecho, “por falta de capacidad, lo que les hace merecedores de una especial protección, según prevén los arts. 6 y 7 del Convenio de Oviedo de 1997”²⁰¹.

En este sentido, como señalan Orgando y García, la «atención sanitaria a los adolescentes» plantea a los profesionales de la salud una serie de «incertidumbres» en cuanto a “derechos y deberes tanto de los propios menores como de sus padres o tutores, y situaciones de conflicto en las que no siempre se manejan con claridad conceptos clave como la confidencialidad, el Consentimiento informado y la capacidad en la toma de decisiones sanitarias”²⁰².

Ya señalamos hace tiempo que cabe la «representación notarial». La Sociedad Española de Odontopediatría publicó un “protocolo de Consentimiento informado”²⁰³ que incide en la problemática de la capacidad de los menores para consentir, concretamente sobre aspectos no regulados suficientemente, como por ejemplo los menores institucionalizados y la inseguridad jurídica que genera el “consentimiento” emitido «por el cuidador».

derecho a recibir «una información adaptada a su edad, a su desarrollo mental, a su estado afectivo y psicológico, sobre el conjunto del tratamiento médico al que está sometido y las perspectivas positivas que ofrece». Como complemento, señala la legislación autonómica al respecto, en concreto «el artículo 212-1 CCat. determina que ‘toda persona’, sin distinción en función de su edad, tiene derecho a recibir información, salvo que se halle en un estado físico o psíquico que no le permita recibir la información o comprenderla». Otras normativas autonómicas a las que hace mención son la *Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, cuyo artículo 10 afirma que ‘los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico’. Otras disposiciones normativas que menciona son la *Ley 5/2010, de 24 de junio 2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha* y la *Ley de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana*, que asegura la información para menores de edad adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años.

²⁰¹ VIVAS TESÓN, I., 2014, *op. cit.*

²⁰² OGANDO DÍAZ, B., y GARCÍA PÉREZ, A., “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”, *Pediatr. Integral*, 2007, pp. 877-883.

²⁰³ SEOP, *Protocolos de la Sociedad Española de Odontopediatría*, online, <http://www.google.es>

El protocolo señala como “posible opción para salvar el consentimiento emitido por los acompañantes de los menores la obtención de una autorización de padre/ madre o tutor, a través de un consentimiento por «poder, o poder notarial», que permita a cualquier otro individuo tomar las decisiones” pertinentes sobre el tratamiento dental a un niño, sin la presencia de los titulares de su patria potestad.

Sobre esta posibilidad de «consentimiento notarial», Alarcón Alcaraz sugiere que hay que analizar el «elemento cualitativo exigible en el consentimiento otorgado ante el notario», “no ya como consideración general bajo el principio de plena capacidad, sino a la inversa de aquellos vicios en situaciones en las que aparece vulnerado el consentimiento y los preceptos que el CC utiliza para encuadrarlos en distintas partes de su articulado (coacción, miedo grave, error, violencia intimidación, dolo, fraude, falsedad...), buceando en el Código Civil y el reglamento notarial (art. 156.8) elementos cualitativamente distintos en función del negocio jurídico a realizar”²⁰⁴.

Es relativamente frecuente y se da en un gran número de actuaciones de la práctica diaria del dentista, en las que el paciente es un menor de edad, cuya madurez le impida consentir (o una persona con discapacidad cuya capacidad jurídica se encuentre sometida a curatela con funciones de representación judicialmente acordada), ante la inexistencia de urgencia en la necesidad de tratamiento dental, en estos casos, al igual que les ocurre a los médicos especialistas en Pediatría, el consentimiento informado en Odontología debe ser emitido por el representante cuando el destinatario de la intervención no tenga madurez suficiente para emitir válidamente un consentimiento, en otros casos en los que el menor de edad tenga madurez y edad suficiente, bastará el consentimiento del menor, con la obligación del dentista de informar a los padres o tutores. Esta remisión a las condiciones de madurez de acuerdo con las leyes es fundamental, puesto que la LAP en su lamentable redacción original, otorgaba ex lege “capacidad absoluta” al mayor de 16 años, que no tuviese su capacidad judicialmente modificada, en cuanto a la validez de su

²⁰⁴ ALARCÓN DE ALCARAZ, F. J., “Aspectos médico-legales del 'Consentimiento informado notarial'. Una propuesta de protocolo”, *ENSXXI*, 2013, online, <http://www.elnotario.es>

consentimiento. Afortunadamente, el panorama en relación al consentimiento de los menores ha cambiado a partir de la modificación establecida por la reforma de la LAP de 22 de septiembre de 2015, a la que ya hemos hecho referencia y, sobre todo, en relación a las personas con discapacidad, a raíz de la entrada en vigor de la ley 8/2021, de 3 de junio.

En cuanto a quién debe otorgar el consentimiento informado en Odontología y concretamente, en qué circunstancias puede hacerlo el menor de edad, antes de la reforma de la LAP, “la edad de 16 años parecía impedir la representación del menor de edad en todo caso, salvo casos de incapacidad legalmente declarada y sin perjuicio de la necesidad de informar a los padres y tener en cuenta su opinión en casos de grave riesgo”²⁰⁵. Aunque el mayor de 16 años (no sometido a representación) podía —también como ahora— otorgar su consentimiento por sí mismo, se establecía el consentimiento por representación de los padres o tutores para el menor de esta edad, debiendo dar información a los mayores de doce años, salvo los casos de limitación del consentimiento²⁰⁶. Es decir, la capacidad del menor de edad para emitir un consentimiento válido ha sido acertadamente restringida y los mayores de dieciséis años tendrán que ver refrendado el consentimiento, generalmente por sus padres (por representación) cuando no sean maduros, o en casos de actuaciones de grave riesgo para su salud, en los demás casos se aplica la doctrina del “menor maduro”, por la cual se entiende que el menor de 18 años puede otorgar el consentimiento informado si comprende intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención, dentro de lo que se ha venido a llamar el “consentimiento entendido o comprendido”²⁰⁷ y de acuerdo con el

²⁰⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., 2015, *op. cit.*

²⁰⁶ CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁷ ISLES, A.F., “Understood Consent Versus Informed Consent: A New Paradigm for Obtaining Consent for Pediatric Research Studies”, *Front Pediatr.* 2013, 1: p. 38, online, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3864257/>. Argumenta que el consentimiento entendido debe ser el nuevo paradigma para el consentimiento informado en investigaciones pediátricas, ofreciendo diversas sugerencias acerca de cómo lograr que el consentimiento informado sea comprendido. Por motivos obvios, en pacientes pediátricos resulta más complejo para el profesional sanitario lograr el objetivo de que estos comprendan en qué consiste, precisamente, este acto. Pone por ejemplo el campo de la investigación, en el que, con demasiada frecuencia, los miembros de los equipos de investigación consideran que el proceso de consentimiento informado es un desafío para obtener la firma de un padre o un joven en un formulario. Y no se trata solo de eso: va más allá, es un completo «proceso interactivo» en el cual, el padre o el joven reciben suficiente información sobre un estudio para que puedan tomar una decisión

resto de la legislación civil. Como afirma Kaushik y cols., el cambio de paradigma desde el consentimiento informado al consentimiento comprendido al que se intenta llegar haciendo un esfuerzo ético-pedagógico (más que jurídico-profesional); resulta ser “un proceso de comunicación que no se entiende bien en pacientes pediátricos”²⁰⁸.

Resulta de suma importancia para el profesional asegurarse de que los pacientes en general, entiendan el consentimiento informado, particularmente los pacientes pediátricos; puesto que es una tarea «fundamental» para asegurar la protección de la autonomía de los pacientes²⁰⁹.

El consentimiento por representación para personas con determinadas medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y algunos casos de menores, actualmente está parcialmente regulado por el apartado tercero del artículo 9 de la LAP. La letra “c)” de este apartado 3 del artículo 9 LAP establecía en su redacción original que cuando se tratara de menores «no

verdaderamente informada sobre su participación. Se requiere un esfuerzo sustancial para producir documentos legibles y con el formato adecuado utilizando un lenguaje sencillo con un nivel de lectura de aproximadamente 6 o 12 años. Lograr un consentimiento verdaderamente entendido implica que los investigadores dediquen un tiempo significativo uno a uno con el padre o el joven explicando en un lenguaje sencillo lo que se propone y luego utilizando las llamadas técnicas de repetición para evaluar la comprensión de los participantes. Cfr. VASQUEZ, R. J. “Understanding Understood Consent”, *Ochsner Journal*, 2017, 17, 317–318. Afirma este último que el concepto de «consentimiento entendido» ha surgido como un objetivo alternativo y quizás superior al de consentimiento informado, con el que mantiene una «diferencia más que simplemente semántica»: el consentimiento entendido, aclara, aborda las diferencias en niveles de comprensión de los pacientes y cambia el énfasis del proceso de consentimiento de la persona obtención del consentimiento para facilitar la comprensión por parte del paciente y mientras evaluar la comprensión de los pacientes de los procedimientos médicos o estudios de investigación es una tarea difícil, si estamos para proteger la autonomía de los pacientes, se trata de una tarea «fundamental».

²⁰⁸ KAUSHIK, J.S., NARANG, M., y AGARWAL, N., “Informed consent in pediatric practice”, *Indian Pediatr.*, 2010, Dec., 47(12), pp. 1039-46.

²⁰⁹ VASQUEZ, R. J., 2017, *op. cit.*, pp. 317-318. El autor describe técnicas eficientes para ello: combinar la información escrita con la oral, en el idioma del menor y del tutor, con un nivel de lectura adecuado al de ambos. Otra técnica que se propone es facilitar previamente la información escrita, accesible, de forma que posteriormente se de la oportunidad de realizar preguntas al profesional. Además, se propone una técnica incremental, por etapas, en las que la información se descompone en unidades más simples, y dosificándose incrementalmente, de forma que el proceso de comprensión se afiance; incluso combinando técnicas pedagógicas basadas en las TICS y la gamificación (vídeos, ordenadores, móviles, etc.) como ayudas para lograr el «consentimiento comprendido» del menor. En el proceso, conviene utilizar «técnicas de enseñanza o repetición» que consisten en un *feedback* periódico mediante el cual el profesional descubre si el destinatario de la información la está comprendiendo. Considera que avanzar hacia el consentimiento entendido es un «objetivo éticamente sólido» que demuestra respeto por la autonomía del paciente y que los proveedores de atención médica e investigadores deberían esforzándose continuamente por alcanzar.

incapaces ni incapacitados», pero emancipados, no cabía prestar el consentimiento por representación. Por lo que se deducía que el menor emancipado tenía capacidad plena para tomar decisiones en el ámbito sanitario sin asistencia de sus padres o tutores, que ya no son sus representantes legales, dado que una de las funciones de la emancipación es conceder al menor la independencia de la autoridad de dichos sujetos (que concuerda con la capacidad de obrar que el CC atribuía a dichos menores en el derogado art. 323. 1º), y, por tanto, la previa información tan solo se le debía dar a dicho menor²¹⁰. Además, en la redacción original del artículo 9.3c) LAP, se decía que la emisión del consentimiento le correspondería a “los representantes legales cuando el niño tenga una edad inferior a los dieciséis y asimismo, no posea capacidad natural para ejercer el derecho de forma autónoma”²¹¹, lo que contribuía a colocar al dentista en un «complejo marco de inseguridad jurídica»²¹².

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²¹³, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la

²¹⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Rev. boliv. de derecho*, 2015, p. 271. *Vid.*, ARCOS VIEIRA, M. L., “Medical Care in Minors and Incompetent Patients: The Patient's Will and Third Party Intervention in Spanish Law”, *Medicine and Law*, 2009, 28, núm. 2, p. 373. La autora hace una reflexión sobre la capacidad de consentir la aplicación de tratamientos médicos, personalmente, de a partir de los dieciséis años de edad, con la capacidad correspondiente a su edad considerando que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, especificaba desde su entrada en vigor que así fuera, salvo los casos en los que se requiera mayoría de edad. Si esto no se cumple, el médico que solicita la autorización de los padres para su paciente incurriría en el mismo tipo de riesgo de mala praxis descrito en la “lex artis” para los pacientes en edad de consentir, independientemente de que cualquier tipo de “consentimiento” emitido por persona distinta del interesado y carente de legitimación al respecto, debe quedar totalmente sin efecto frente al paciente. Desde esta perspectiva, no se autorizará ninguna intervención en su salud, con el consiguiente riesgo de responsabilidad civil y penal para el profesional en estos casos.

²¹¹ BLASCO IGUAL, M. C., “El consentimiento del menor en materia sanitaria”, *Rev. Bio. y Der.*, 2015, pp. 32-42. En el mismo sentido, *Cfr.*, ARCOS VIEIRA, M. L., 2009, 28, *op., cit.*, p. 385. Cuando se tratara de menores de 16 años, la información a terceros (representantes legales) resulta «imperativa», aunque aquellos pacientes podrían otorgar personalmente su consentimiento informado en algunos casos: literalmente, el consentimiento por representación solo se daba «cuando el menor es incapaz emocional o intelectualmente de comprender», a tenor del artículo 9.3.c, de la LAP, en su redacción original.

²¹² *Vid.*, CORPAS PASTOR, L., 2019, *op., cit.*, p. 471. La cita hace referencia a CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, *op., cit.*, pp. 1-20.

²¹³ *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.* (BOE núm. 175, de 23 de julio).

infancia y a la adolescencia²¹⁴, el panorama cambió totalmente, restringiendo la capacidad de decisión del menor, consagrando así el principio de prevalencia del “interés superior del menor”²¹⁵.

Así, de la interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 9.4 de la vigente LAP, se infiere que «se otorgará el consentimiento por representación» con independencia de la edad del paciente, cuando éste “no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”, en este caso, prestará el consentimiento los familiares o personas vinculadas de hecho, si no tiene representante legal; o bien, el paciente tenga una “capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia” (como sigue su tenor literal a día de hoy). Probablemente esta norma debería adaptarse a lo previsto tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, sobre todo en lo relativo a la capacidad jurídica para todos en general y en cuanto a aquellas personas que dispongan medidas de apoyo judiciales de carácter representativo, en particular.

La LAP establece que los menores de 16 años carecen de capacidad para dar el consentimiento a las intervenciones “sin perjuicio de que los menores hayan de ser oídos y escuchados”, en caso de menores de 18 años, el consentimiento será por el representante legal “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” (consentimiento que prestará el representante legal después de haber escuchado la opinión del menor), en el supuesto de menores emancipados o mayores de 16 años sin medida de apoyo con funciones

²¹⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE núm. 180, de 29 de julio).

²¹⁵ ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 41 y ss. Afirma la autora que, tras la reforma, el criterio de los dieciséis años parece haberse «modulado», en cuanto que por debajo de los 16 años se dará el consentimiento por representación en los términos previstos en el artículo 9.3 LAP; pero, afirma, “con la remisión que se hace ahora al artículo 9 LOPJM lo que sí se produce es una aplicación en el ámbito de las decisiones sanitarias del reforzamiento de este derecho del menor que se ha llevado a cabo con la reforma operada en 2015. [...], se trata ahora de un derecho a ser oído y escuchado y a que sus opiniones se tengan en cuenta, en función de su edad y madurez. El menor debe ser informado, de forma adecuada a sus circunstancias y capacidades, sobre los aspectos necesarios para tener una comprensión suficiente del tema, que le permita formarse una opinión adecuada al respecto”.

representativas o que sean incapaces de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar consentimiento por representación; salvo que se trate de una intervención de grave riesgo “según el criterio del facultativo” en cuyo caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor “una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor”.

Es decir, la reforma de 2015 eliminó la posibilidad de que, en situaciones de grave riesgo, el menor prestase su consentimiento y atribuye esta competencia a los padres de manera exclusiva. Así, “la remisión que el número 4 del art. 9 realiza a letra c) del apartado anterior, aclara a *sensu* contrario que los padres han de otorgar consentimiento por representación de su hijo menor de edad, aunque sea mayor de dieciséis años y aunque no se trate de una actuación de grave riesgo para la salud o la vida del menor, si éste se encuentra en el supuesto del apartado c) del núm. 3 del art. 9, esto es: si a juicio del facultativo, el menor de edad (ahora, de cualquier edad) no es capaz emocional ni intelectualmente de comprender el alcance de la intervención”²¹⁶. Por tanto, tras esta modificación de septiembre de 2015, se presume que los mayores de 16 años tienen capacidad para consentir la intervención, salvo que, a criterio del médico, el menor careciese de ella, debiendo el facultativo «demostrar» la falta de capacidad en ese caso. Como sostiene Horra Vergara, esto “significa que, para aceptar la decisión del menor sin participación de sus representantes legales, el médico habrá de demostrar que el menor tiene capacidad suficiente para tomar la decisión concreta en el momento concreto de que se trate”. Por otra parte, cuando el consentimiento se otorgue por representación legal o familiar, o de hecho, la LAP obliga a que sea siempre “atendiendo al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente” y cuando la decisión del representante sea contraria a ello, deberá ponerse “en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal [...] para que se adopte la resolución correspondiente”²¹⁷. Lo que, adaptado a nuestro objeto de estudio, parecería indicar que el dentista se coloca entonces como «garante»

²¹⁶ Por ejemplo, las normas andaluzas (Ley 2/2010, de 8 de abril, y decreto 281/2001, de 26 de diciembre), o la Ley valenciana, de derechos e información al paciente (Ley 2/2003, de 28 de enero).

²¹⁷ HORRA VERGARA, N., “La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Adolescere*, 2016, pp. 35-43.

de la prevalencia en todo caso del respeto a la salud, por encima de cualquier otro derecho, en el tratamiento dental a un menor, que haya sido consentido por los padres, tutores o allegados por representación; debiendo comunicar al juez o al fiscal tales decisiones adoptadas por el representante sean contrarias al interés superior del menor. Esto, creemos, puede originar en la práctica situaciones muy complejas para las que el dentista debe desarrollar habilidades legales de cierta entidad. No solo porque esta modificación de la LAP todavía no ha sido transpuesta a la toda la normativa autonómica (como hemos explicado), sino porque queda al arbitrio del dentista valorar y demostrar la capacidad de comprender que tenga el menor de edad, sin concretar los criterios que debe seguir para ello.

En palabras de De Montalvo Jääskeläinen, “siempre que la situación no sea de urgencia, será aconsejable como más respetuoso con el principio de autonomía del menor, plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, directamente o a través del Fiscal. Por el contrario, cuando el parecer de los representantes legales coincida con el rechazo del menor maduro, el médico debe plantear el conflicto ante el Juez de Guardia, o directamente a través del Fiscal, sin perjuicio de que si concurre una situación de urgencia pueda, sin autorización judicial llevar a cabo la intervención”²¹⁸. Así, la LAP, en su artículo 9.6 *in fine* dice textualmente: “(a)quellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medida necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”; por lo que será el juez quien decida qué hacer en estos casos, salvo casos de urgencia, en los que en último extremo, será *el dentista* quien lo haga, en interés superior del menor²¹⁹.

²¹⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., 2019, *op., cit.*, p. 244.

²¹⁹ N.B. Aunque la fecha de entrada en vigor (3 de septiembre de 2021) de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. (BOE núm. 132, de 3 de junio) – a tenor de su Disposición final

1.3.2. Elemento objetivo

El elemento objetivo del consentimiento informado es, precisamente la información que debe suministrarse. Según Cadenas Osuna, es “la comunidad médica” la que ha determinado cuál es la información que debe proporcionarse al paciente, “por la vía de definir qué riesgos habían de reputarse típicos y cuáles no”²²⁰.

En general, dice Carrasco Perera que “el legislador ha impuesto deberes de información precontractual o contractual a una parte frente a la contraparte contractual.”²²¹. La razón es obvia: “cuanto mayor sea el flujo de información útil suministrada por la parte concedora mayores serán las opciones del destinatario de tomar una decisión contractual con suficiente conocimiento de causa.”²²². Sobre todo, si tenemos en cuenta la «asimetría»²²³ en términos de

tercera-, su alcance va a ser de gran calado: con la reforma del CC, sentando las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Por ejemplo, el Título XI del Libro Primero del Código Civil se titula ahora «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», en su nueva redacción, establece un principio de apoyo (revisando todas las medidas de apoyo periódicamente,) a la persona que lo necesite, porque se considera que la «incapacitación» no puede persistir en un sistema en el que la capacidad es inherente a la condición humana. Ahora se tiende a facilitar los quehaceres diarios de las personas con discapacidad mediante «apoyos», incluyendo como tales, la figura del acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o el «consejo» o la «toma de decisiones delegadas» cuando sea necesaria la representación. La nueva ley se centra aún más en el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, otorgándole preferencia a las medidas voluntarias, estableciendo la posibilidad de «autocuratela», dando importancia a los poderes y mandatos preventivos; reforzándose la figura jurídica del «guarda de hecho», es decir, de quien cuida habitualmente de la persona con discapacidad. Ahora, las decisiones por representación necesitarán el refuerzo de la autorización judicial, previo examen de las circunstancias, en cuanto a la curatela, únicamente de forma excepcional podrá tomar decisiones por representación, tal y como hemos explicado. Ya no entran a formar parte de la vida de la persona con discapacidad la tutela, patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, porque la nueva ley las considera incompatibles con la dignidad del ser humano con discapacidad, por su rigidez. La ley también refuerza la institución del defensor judicial, en situaciones en las que exista un conflicto de intereses entre el apoyo y la persona con discapacidad. Hay que resaltar también que se descarta la incapacitación mediante resolución judicial, medida extrema de salvaguarda de la dignidad de la persona con discapacidad, porque su capacidad es inherente a su condición de ser humano, según el espíritu de esta nueva ley. Por lo que estimamos que tendrá trascendencia altísima en el consentimiento por representación y su regulación, cuando de personas con discapacidad se trate.

²²⁰ CADENAS OSUNA, D., 2016, *op. cit.*, último párr.

²²¹ CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 402.

²²² *Ídem*.

²²³ GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, pp. 99-100.

información en la especial relación entre el dentista y el destinatario de sus servicios.

A. Actos sobre los que es necesario informar

La regla general es que será necesario el consentimiento Informado para toda actuación en el ámbito de la salud, y el mismo se hará constar en la historia clínica²²⁴.

El Consejo General de Dentistas, además de ciertas Sociedades Científicas, e incluso las Universidades, han propiciado la aparición de una serie de Protocolos, o guías clínicas, que además de su irrefutable utilidad en la práctica, sirven de orientación e incluso de justificación jurídica: dada la actual concepción de la Odontología como una actividad de medios, los Protocolos, o guías de actuación médica, son generalmente utilizados por los Tribunales “para evaluar las conductas médicas, por lo que su aplicación o abandono, condicionan el desenlace judicial”²²⁵. En particular, los protocolos aceptados²²⁶ por el Consejo General de Colegios de Dentistas consituyen una fuente de conocimiento muy conveniente para el jurista, a la hora de analizar si la actividad del dentista se desplegó diligentemente, puesto que de la adecuación a estos protocolos puede depender una resolución judicial sobre responsabilidad profesional; porque pese a que cada uno de estos protocolos “sólo persigue un fin informativo y tiene carácter meramente orientativo”, (por lo que su aplicación es voluntaria, al mejor criterio del facultativo), en algunos de ellos se declaran «actos considerados inexcusables» en un ejercicio

²²⁴ La regla especiales que el paciente tiene derecho a no ser informado (y habrá que dejar constancia igualmente en la historia clínica de dicho rechazo), así como se establecen excepciones por interés del paciente (avance de la enfermedad), de terceros, o de la colectividad (infecciones, etc.).

²²⁵ HERNÁNDEZ GIL, A. y HERNÁNDEZ MORENO, J., *Responsabilidad legal del médico. Prevención diagnóstico y tratamiento*, MasterLine, Madrid, 2005, p. 215.

²²⁶ CGCD. *Protocolos aceptados por la Asamblea General*. Aunque cada uno de estos protocolos clínicos especifica que “sólo persigue un fin informativo y tiene carácter meramente orientativo, por lo que su aplicación es voluntaria, al mejor criterio del facultativo”, en muchos de ellos, sin embargo, se recogen estándares de tratamiento o actuaciones “inexcusables”, que son verdaderas descripciones de lo que deba ser la *lex artis*, como identificamos en cada caso.

profesional conforme a la “*lex artis*”²²⁷, por lo que pueden considerarse como parte de la *lex artis*.

B. Contenido de la información

El artículo primero de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, establece en sus apartados 2 y 3 por una parte que los Odontólogos tienen capacidad profesional para realizar el conjunto de actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos; y por otra, que podrán prescribir los medicamentos, prótesis y productos sanitarios correspondientes al ámbito de su ejercicio profesional. Desde esta prescripción legal, respondemos a la pregunta acerca de qué se consiente.

Es decir, cualquiera de estas actividades requiere una «previa información», acerca de alternativas y riesgos²²⁸ del procedimiento en cuestión.

En la LAP se establece un «contenido mínimo» de la información que incluye la naturaleza y finalidad de la intervención, los riesgos de la intervención y las consecuencias de la intervención. La información básica debe recoger el diagnóstico y posible evolución; las alternativas y la explicación de las características y consecuencias relevantes o de importancia de la intervención, así como sus riesgos probables en condiciones normales, conforme la experiencia o estado de la ciencia y los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y sus contraindicaciones (artículo 10 LAP).

²²⁷ N.B. No constan, sin embargo, protocolos de «tratamientos estéticos» que hayan sido aprobados por el CGCD; aunque, siendo el resultado de la intervención dudoso, será mayor el requerimiento de información previa y exhaustiva en el Consentimiento informado por exigencia legal del artículo 10.2 LAP, que recuerda que el facultativo («médico responsable») deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

²²⁸ N.B. El programa *ConsIn*, elaborado por el CGCD, recoge los “riesgos típicos” para cada una de las actuaciones dentales.

Pero el grado de exigencia de información es variable, como hemos visto, en función no sólo de cuanto más incierto sea el resultado previsible, sino también si estamos en un supuesto de medicina satisfactiva (o bien, necesaria) para lo que resulta esencial la previa información verbal, simple, clara, leal, continuada durante todo el proceso asistencial, íntima y directamente relacionada con la validez del consentimiento para el procedimiento del que se trate.

El objetivo principal en Odontoestomatología es dar al paciente toda la información que necesita para hacer una decisión autónoma del curso de acción que mejor representa sus intereses en un contexto clínico dental²²⁹. El dentista debe ser consciente si el paciente entiende, conserva y pondera toda la información relevante para que tome una decisión autónoma y de su capacidad para comunicar inequívocamente su juicio antes de obtener el consentimiento, para lo que es conveniente entregar previamente hojas informativas, o formularios, donde se explique convenientemente esta información.

Consecuentemente con las funciones legalmente atribuidas al dentista, las «actuaciones que deben ser consentidas» en el ámbito odontoestomatológico son *todas* aquellas actividades de prevención, diagnóstico y de tratamiento relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos, así como la prescripción de medicamentos, prótesis y productos sanitarios dentales. «La información» debe comprender el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del proceso que se trate, y en segundo lugar si el riesgo es típico o conocido, y por tanto previsible, aunque el porcentaje estadístico de que dicho evento se produzca sea mínimo o infrecuente²³⁰.

²²⁹ MARZANO RODRIGUES PETRUZZI, M. N., HAYGERT PITHAN, L., ZANCANARO DE FIGUEIREDO, M. A., y BLESSMANN WEBER, J. B., 2013, *op., cit.*, p. 27.

²³⁰ MIRALLAS MARTÍNEZ, J. A., “Medicina defensiva y Consentimiento informado en rehabilitación”, *Rehabilitación*, 2003, p. 66.

Pero la «obligación de informar» sobre riesgos se limita a los riesgos ordinarios del procedimiento en cuestión y los riesgos concretos relacionados con el estado del paciente, (con alguna excepción de mayor requerimiento informativo, relativa a la corrección voluntaria de ciertas “anomalías”, en las que el paciente pasa a ser un cliente tributario de medicina satisfactiva, que no curativa). Un paciente diabético o fumador, o un paciente anticoagulado, por ejemplo, tendrá peor pronóstico para intervenciones bucales y este riesgo debe registrarse de forma individualizada, so pena de invalidez del consentimiento.

Para facilitar el procedimiento, se han elaborado formularios de Consentimiento informado, que individualizados conforme a las características del procedimiento que se trate y a las circunstancias particulares del paciente, cumplen perfectamente su cometido²³¹. El formulario de Consentimiento informado constituye, además, un «documento informativo útil»²³² con cierta validez, sobre todo a efectos de prueba.

²³¹ N.B. Diversas entidades han redactado *protocolos de Consentimiento informado* para las diferentes *actuaciones asistenciales de riesgo*. Vid., GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. E., y CASTELLANO ARROYO, M., 2012, *op. cit.*, p. 105. Las Sociedades Científicas odontológicas han desarrollado sus propios formularios de Consentimiento informado adaptados a cada “especialidad”. Por ejemplo, la Sociedad Española de Cirugía Oral (Disponible en www.secom.org/area-profesional/protocolos-clinicos-de-la-secom/), la Sociedad Española de Epidemiología y Salud Pública Oral (Disponible en www.sespo.es/atencion-primaria/protocolos/), o la Sociedad Española de Odontopediatría (Disponible en www.odontologiapediatrica.com/protocolos/), por citar algunas. El propio CGCD ha desarrollado un programa informático que genera automáticamente unos formularios de consentimiento informado, individualizados según las características del paciente y del procedimiento, introduciendo diferentes parámetros personales de los pacientes, individualizando por tanto el documento, lo que los dota de una fuerza muy interesante, ad probationem, puesto que queda constancia de la fecha de emisión. Los formularios de Consentimiento informado elaborados por éstas y algunas otras sociedades científicas odontológicas, junto con los elaborados a partir del programa *ConsIn* del Consejo General de Dentistas de España, son documentos en los que se detallan para diversos procedimientos el diagnóstico, pronóstico, alternativas de tratamiento, así como los riesgos y contraindicaciones inherentes al mismo. Comprenden la fecha e identificación del dentista y del paciente, una descripción de la actuación clínica, sus contraindicaciones, las consecuencias seguras y la descripción de los riesgos típicos y de los riesgos personalizados. En la mayoría de los formularios se dispone de un espacio para recoger los riesgos específicos e individualizados según el estado de salud del paciente. Con la firma se deja constancia de que el paciente ha recibido la información y que consiente la realización del procedimiento en cuestión, con la información de la posibilidad de revocación. La fecha es importante, puesto que la información debe ser previa y debe entregarse al paciente días antes de la intervención, como veremos más adelante. Como diremos más adelante, un consentimiento firmado en el sillón del dentista, justo antes de realizar la intervención, no es válido. Vid., CGCD, *Uso del programa ConsIn*. (Disponible en www.coem.org.es).

²³² Tanto es así que, el uso sistemático de formularios de Consentimiento informado dental ha sido acogido *favorablemente* en instituciones públicas, considerando que «no obstaculiza la práctica clínica, ni constituye una barrera para tratamiento y no requiere cambios organizacionales más allá de la asignación del tiempo necesario». Vid., RUBIÑOS LÓPEZ, E., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, LM., y VARELA CENTELLES, A.,

Como hemos dicho, estos formularios deben ser individualizados. De la misma forma que De Lorenzo y Bascones quisieron individualizar formularios de consentimiento informado²³³, primero impresos y luego informatizados, el Consejo General ha dado este paso, elaborando el programa informático “ConsIn 2.0”²³⁴ que permite seleccionar «(d)atos del paciente. Diagnósticos y Tratamientos», por un lado y «(c)ircunstancias particulares desfavorables del paciente» (por ejemplo, diabetes, hipertensión, hábito tabáquico, etc.), por otro. El programa genera un algoritmo que selecciona automáticamente los riesgos habituales particularizados según el tipo de paciente, de patología y de procedimiento e incluso proporciona un «documento de Consentimiento informado» que puede imprimirse para poder firmarlo y que quede por escrito²³⁵.

Como hemos mencionado, los protocolos clínicos del Consejo pueden considerarse la *lex artis (dental)* y los formularios personalizados de consentimiento informado que se generan por el programa *ConsIn* están orientados a una (*nova*) *lex artis*, en palabras Ortiz Fernández, quien sostiene, muy acertadamente, que “en la actualidad, podemos hablar de dos tipos de *lex artis*: la tradicional, relacionada con la adecuada *praxis* sanitaria curativa y la (*nova*) *lex artis* ligada al consentimiento informado”, donde “las obligaciones de los médicos ya no se restringen a aplicar correctamente un tratamiento o una intervención, a aplicar los cuidados necesarios al paciente, muy al contrario, deben informar a los usuarios y obtener su consentimiento con

“Impact of the systematic use of the informed consent form at public dental care units in Galicia (Spain)”, *Med Oral Patol Oral Cir Bucal*, 2009 Jun 1, 13(6), pp. e380-384.

²³³ DE LORENZO, R., y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, pp. 163-187. La edición de esta obra sobre el Consentimiento informado en Odontoestomatología, pionera en el mundo sobre este tema, fue patrocinada por Rhone-Poulenc Rorer, laboratorio que distribuyó poco después en formato electrónico (disquetes de 3 ½ pulgadas) dichos formularios, adaptables a las condiciones del paciente y que podrían considerarse los antecedentes “genético-intelectual-históricos” de este programa *ConsIn*.

²³⁴ *Vid.*, CGDE. “Uso del programa CONSIN”. [Disponible en www.coem.org.es].

²³⁵ N. B. En la última sección del programa *ConsIns*, aparece la casilla «(i)nscripción expresa de consentimiento por escrito», que debe marcarse si se quiere que haga mención expresa al otorgamiento del consentimiento por parte del paciente.

anterioridad a aplicar cualquier tratamiento que afecte a la salud de los mismos”²³⁶.

Por otra parte, la LAP concreta que el “médico responsable” deberá de ponderar que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resultará el previo consentimiento (escrito) del paciente (como versa el artículo 10.2 LAP). Ya hemos comentado antes cómo en la LAP, se concreta la mayor intensidad²³⁷ que requiere la información previa a un procedimiento de dudoso éxito o ante una actividad de medicina satisfactiva; por ejemplo, procedimientos de Odontología estética²³⁸, en los que también habrá que informar acerca de los riesgos extraordinarios y más necesario será el previo consentimiento escrito.

El consentimiento informado en Odontología no deja de ser un proceso de comunicación retroalimentado en el seno de la pirámide asistencial, en la que el paciente y los profesionales que lo atienden establecen un diálogo permanente entre los profesionales y el paciente que trae como resultado el Consentimiento informado, uno de los fundamentos sobre el cual se establece la relación clínica.

Como sostiene Palomer, “el derecho a la información por parte del paciente y su consecuencia, el Consentimiento informado, no deben basarse exclusivamente en el cumplimiento de la ley, sino en su fundamento ético irrenunciable: el respeto por la dignidad y la libertad de las personas. No debe convertirse en un instrumento de desconfianza que nos separe del paciente; su objetivo último no es ser exclusivamente un respaldo jurídico para el

²³⁶ ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, p. 562.

²³⁷ BELLO JANEIRO, D., 2013, *op., cit.*, p. 12.

²³⁸ En estos casos, será necesario que el seguro de responsabilidad civil del profesional incluya expresamente esta actuación, pues la Ley 44/2003 impide realizar actividades clínicas en la sanidad privada, para las que no se disponga de un seguro específico de responsabilidad civil. *Cfr.*, PEREA PÉREZ, B., y LABAJO GONZÁLEZ, E., “Aspectos odontológico-legales de los tratamientos estéticos extraorales”, *Gaceta Dental*, 2015, p. 225.

profesional”²³⁹, pues el objeto último del consentimiento informado es proporcionar una información leal para posibilitar la elección de un tratamiento dental que va a incidir directamente en el derecho fundamental protegido constitucionalmente, que tiene el paciente/cliente/consumidor a su integridad física y moral.

1.3.3. Elemento formal

A. Regla general

La LAP establece como hemos dicho antes, la regla general en la forma del consentimiento sea verbal, pero se establecen excepciones. Esta previsión legal la tienen muy en cuenta los tribunales, como veremos a continuación, pues su esencia es que la información llegue de forma comprensible y eficazmente a su destinatario, con objeto de que pueda tomar una decisión sobre su proceso; desplazando incluso *contra legem* la obligatoriedad de una información escrita, con tal de que dicha información llegue efectivamente al usuario, quedando jurisprudencialmente dicha forma escrita a los meros efectos de consideración *ad probationem*²⁴⁰. Cosa que insistimos, resultaría *contra legem*, en aquellos casos en los que existe tal excepción y dicho consentimiento debería otorgarse por escrito, que veremos a continuación.

B. Regla especial

Pese a que la regla general es que el consentimiento Informado será verbal, el artículo 8 de la LAP establece una regla especial: el consentimiento se prestará «por escrito» en casos de “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”; excepto en caso de riesgo

²³⁹ PALOMER, L., “Consentimiento informado en Odontología. Un Análisis teórico-práctico”, *Acta Bioeth.*, 2009, pp. 100-105.

²⁴⁰ ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 46.

para la salud pública por razones sanitarias legalmente establecidas o de riesgo grave e inmediato para la integridad del paciente y no sea posible obtenerlo; ponderando el médico (artículo 10.2 LAP) la necesidad del previo consentimiento por escrito “cuanto más dudoso sea el resultado de la intervención”.

Dentro de las condiciones de la información y el consentimiento por escrito establecidas en el artículo 10 LAP, en su apartado 1, dice que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la «información básica» siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

C. Momento de la información

El consentimiento informado es un proceso de diálogo y como tal, retroalimentado. La información, lógicamente, debe ser previa al consentimiento, pues un consentimiento firmado en el sillón del dentista, justo antes de la intervención no es válido. Como proceso continuo, exige también una continuidad en la información, por lo que la misma es de tracto sucesivo, aunque la información debe recibirla su destinatario en un momento anterior tanto a la toma de decisión por parte del usuario, como a la intervención terapéutica o diagnóstica que luego se hará; pero más importante aún es que el consentimiento, que como decimos debe ser previo a la intervención, tiene que darlo el usuario después de recibir con tiempo suficiente la previa información para emitir un consentimiento antes de la intervención.

Hay que recordar que, en todo caso, la previa información — ya sea de forma oral o escrita, y como hemos dicho —, debe «anotarse» en la Historia Clínica²⁴¹ ya que el momento de la información determina en gran medida la validez del consentimiento; pues la información dada con posterioridad a la realización del procedimiento del que se trate, o inmediatamente antes, sin dar tiempo de reacción al usuario, se convierte en una mera explicación «tardía» que resulta insuficiente e invalida por completo el consentimiento informado ante la producción de un daño, a efectos de responsabilidad. Hay autores que recomiendan que, en la práctica, se puede entregar la información; por ejemplo, “cuando se presupuestan los tratamientos y deben volverse a confirmar inmediatamente antes de la ejecución del tratamiento, dejando constancia de haber suministrado la información correspondiente, en la Historia Clínica”. Es fundamental que el dentista sea consciente si el paciente comprende, conserva y sopesa toda la información para que pondere la toma de decisiones, en uso de su autonomía; y en el caso de que el consentimiento deba ser escrito, es conveniente adelantar al paciente una copia del formulario individualizado correspondiente, es decir, como hemos señalado *ut supra*, se trata de un consentimiento comprendido²⁴².

En definitiva, la información debe ser continua, de tracto sucesivo y ofrecerse con antelación suficiente y en términos comprensibles.

Finalmente, y como hemos señalado ya, el consentimiento será revocable en cualquier momento (conforme al artículo 10, apartado 5 LAP), como en cualquier otro contrato de prestación de servicios.

²⁴¹ CGCD, *Código español de ética y deontología dental*, 2002, artículo 25, *op. cit.*, p. 11.

²⁴² MARZANO RODRIGUES PETRUZZI, M. N., HAYGERT PITHAN, L., ZANCANARO DE FIGUEIREDO, M. A., y BLESSMANN WEBER, J. B., 2013, *op. cit.*, p. 27. Por ejemplo, en un estudio sobre cirugía del tercer molar, se determinó que el 99,74% de los pacientes encuestados *entendió claramente qué le harían en la intervención*. El 97% sabía que «se podían presentar complicaciones» y el 94%, que se podían negar a la intervención y más del 98% les pareció «útil» la información que se les dio. *Cfr.*, LÓPEZ CARRICHES, C., BACA PÉREZ-BRYAN, R., SAN HIPÓLITO MARÍN, L., *et al.*, 2003, *op. cit.*, p. 593.

1.4. Tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado

La relevancia del consentimiento informado, a la hora de considerar la existencia de responsabilidad, ha experimentado ciertas matizaciones de creación jurisprudencial que han suscitado gran interés por la doctrina y justifican, en nuestra opinión, la redacción de este apartado como parte separada de su estudio²⁴³.

Aunque el debate ya lo zanjó claramente Albadalejo²⁴⁴, hay quien podría pensar que la jurisprudencia que emana del alto tribunal formaría parte del conjunto normativo nacional, si diésemos al artículo 1.6 CC una interpretación *extensiva* con una visión de la realidad social del momento a las interpretaciones que realiza en sus resoluciones. Es decir, no caben interpretaciones cuando la ley es clara al respecto²⁴⁵; sobre todo ante la realidad de un Estado Constitucional Multinivel como es España, integrado en la Unión Europea, que, en puridad, obliga también a un cierto “reparto” de las

²⁴³ Vid., SANCHO GARGALLO, I., 2004, *op. cit.*, que señala que el derecho de información comprende como mínimo: la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias, y además la información proporcionada tiene que ser verdadera, comprensible y adecuada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que “tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y los riesgos del mismo”, citando la STS, 1ª de 27 de abril de 2001. EDJ 2001, 6466 y (STS, 1ª de 8 de septiembre de 2003. EDJ 2003/92643). El TS ha venido considerando que el consentimiento por escrito tiene un mero valor *ad probationem* (STS, 1ª, de 2 de julio de 2002, RJ 2002/5514), (STS, 1ª, 29 de septiembre de 2005, EDJ 2005/149422), (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre 1998), recayendo la carga de la prueba de la información, sobre el médico. (STS, 1ª, 2 de julio de 2002, RJ 2002/5514), invirtiéndose la carga de la prueba en su ausencia, por la mayor facilidad probatoria que tiene el médico (STS 3ª, 29 de junio de 2010. EDJ 2010/140122, STS 3ª, 16 de enero de 2007, EDJ2007/1983, STS 3ª, 18 de junio de 2012 EDJ 2012/133284). Se exige el consentimiento previo y la información previa al mismo debe ser suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente con responsabilidad. Citando la STS, 1ª, 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891), “la información habrá de ser exhaustiva, comprensible, suficiente, correcta, veraz y leal” y de forma clara y comprensible STS, 3ª, 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3258).

²⁴⁴ ALBADALEJO, M., 2002, *op., cit.*, p. 139.

²⁴⁵ Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op., cit.*, pp. 42-43; quien sostiene, con muy buen criterio, que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, ni siquiera siendo reiterada y uniforme. Lo sostiene sin desdeñar su importancia al afirmar sin ambages el «valor pronóstico» que tiene para los operadores jurídicos; porque la jurisprudencia emanada reiteradamente por el Tribunal Supremo se refiere a aspectos no muy bien explicados en la Ley, cuya interpretación por el alto tribunal dará una pista sobre futuras decisiones judiciales en el sentido coincidente con ella; por lo que sirve de señal al operador jurídico para entender mejor el significado de algún aspecto difícil de desentrañar de la Ley. Así, el «jurista práctico» se apoyará en esa interpretación para “entender la ley en el mismo sentido que la entiende el T.S., porque con grandísima probabilidad las decisiones futuras serán semejantes a las anteriores”.

competencias jurisdiccionales superiores junto con las decisiones del Tribunal Constitucional sobre derechos y libertades fundamentales, por una parte y las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; con la supremacía que las caracteriza, y por otra parte, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que vinculan a los Estados del Consejo de Europa. No obstante lo anterior, la evolución de la jurisprudencia sobre el consentimiento informado ha ido perfilando diversos extremos sobre los que se asienta la doctrina del Tribunal Supremo, que lo ha considerado parte de la *lex artis*²⁴⁶, aunque también existen voces discordantes que diferencian entre información y consentimiento, en un intento de resaltar la independencia entre los deberes de información y los de “actuar según el estado de la ciencia”. Entre esas voces discordantes, con las que no están de acuerdo ni el resto de la doctrina ni toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra Sánchez Gómez —que Barceló Doménech²⁴⁷ recoge en nota a pie de página—, quien explica que «no está justificada la calificación jurisprudencial de la obligación de información como elemento esencial de la *lex artis*, ni como un deber incluido en la prestación principal de asistencia o cuidados médicos»²⁴⁸ porque se puede incumplir aquella y cumplir correctamente la obligación principal sanitaria. (Lo cual, en mi opinión, no es del todo cierto, porque elude la cuestión principal: el usuario requiere una información *de tracto sucesivo* y siempre *previa* al consentimiento para realizar un determinado procedimiento de forma

²⁴⁶ Cfr., BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE*, núm. 8, 2018, pp. 279-296. Con cita de la STS (Sala 1ª), de 12 de abril de 2016 [ROJ STS 1624/2016], recoge la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que «viene entendiendo que el deber de información es elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica y está incluido dentro de la obligación asumida por el médico. La obligación de informar y la de obtener el consentimiento se configuran como un elemento más del arte médico, por lo que su omisión puede dar lugar a un derecho de indemnización a favor del paciente y ello con independencia de si la actuación sanitaria se realizó o no correctamente». Muchas otras sentencias así lo consideran: *Vid.*, entre otras, las SSTS núms. 698/2016, de 24 de noviembre (Roj: STS 5161/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5161; Id Cendoj: 28079110012016100670); 330/2015, de 17 de junio (Roj: STS 2572/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2572; Id Cendoj: 28079110012015100315); 226/2014, de 9 de mayo (Roj: STS 1768/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1768; Id Cendoj: 28079110012014100196); y 230/2014, de 7 de mayo (Roj: STS 1769/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1769; Id Cendoj: 28079110012014100197).

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 287.

²⁴⁸ Cfr., SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, diciembre 2014, p. 112.

correcta y diligente, dentro de la *lex artis*, a tenor de la Ley y la Jurisprudencia).

De hecho, si nos remontásemos a los deberes de información exigidos en la LGS, observaríamos que antes de la LAP, ya había comenzado la evolución del consentimiento informado, que ha seguido una trayectoria sinuosa en cuanto a su importancia en la aparición de responsabilidad cuando un procedimiento se realiza con ausencia de consentimiento informado válido; viniendo a hilar nuestros tribunales una fina doctrina que ha ido evolucionando desde la inequívoca consideración del consentimiento informado como parte integrante de la *lex artis* —generando responsabilidad por el mero hecho de su inexistencia—, hasta unos matices más precisos, actualmente, donde se ha venido a relacionar de forma diferenciada la responsabilidad que surge por la falta de información, de la responsabilidad que surge (o no) de la ausencia de dicho consentimiento informado válido y su consideración actual jurisprudencial como mecanismo de imputación de responsabilidad únicamente cuando su ausencia o invalidez hubieran hecho que el destinatario de la información —y titular del derecho—, hubiera tomado una decisión distinta acerca de aceptar o no una intervención concreta, de haber conocido efectivamente las alternativas o los riesgos precisos de la intervención finalmente realizada; siempre que hubiera surgido un daño indemnizable, concretándose alguno de esos riesgos²⁴⁹. Por tanto, la previa información que antecede al Consentimiento informado se intergra en el contrato, de la misma forma que lo hace la información precontractual, como recogen las propuestas de armonización europeas (art. II.– 9:102 DCFR o el art. 6:101 (1) PECL)²⁵⁰.

²⁴⁹ *Cfr.*, SSTS núms. 1820/2018, de 19 de diciembre; 698/2016, de 24 de noviembre; 943/2008, de 23 de octubre, 483/2015, de 8 de septiembre; 330/2015, de 17 de junio de 2015; o 1769/2014, de 9 de mayo, entre otras, como veremos seguidamente.

²⁵⁰ *Cfr.*, entre otros, MIRALLAS MARTÍNEZ, J. A., 2003, *op. cit.*, p. 66; ELIZALDE IBARBIA, F., 2017 *op. cit.*, p. 1179; LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 2019, Dykinson, S.L., Madrid, pp. 126-128.

Desde esta perspectiva, está plenamente justificada la consideración de la previa información como parte de la *lex artis*, tal y como afirma la gran mayoría de la jurisprudencia.

La STS núm 1084/2018, Sala de lo Contencioso, de 26 de junio de 2018²⁵¹, afirma:

“la información previa al consentimiento ha de ser específica de la intervención a practicar y que si bien debe comprender una indicación de los riesgos que se pueden producir y de las alternativas posibles, no necesariamente tiene que abarcar todos y cada uno de los riesgos ni todas y cada una de las alternativas posibles, en definitiva, que ha de estarse al caso concreto y no incurrir en excesos informativos innecesarios y, en ocasiones, contraproducentes.”

Una de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo es la STS núm. 140/2021, de 4 de febrero²⁵² que, en su FD 3 resuelve el *interés casacional* acerca de “la determinación del contenido que debe tener la información en que se sustenta el *consentimiento informado* [...]; y el segundo, si la ausencia de tal información supone una infracción de la *lex artis*, determinante de la correspondiente indemnización”.

En cuanto a la primera cuestión, se remite al art. 10 LGS, que regula

²⁵¹ Id Cendoj: 28079130052018100269.

²⁵² STS núm. 140/2021, de 4 de febrero (Id Cendoj: 28079130052021100040). Esta sentencia de 4 de febrero de 2021, explica que “...la información facilitada al paciente debe ser la adecuada para que el mismo pueda decidir sobre la actuación sanitaria de que se trate, de manera libre y voluntaria y con los elementos de juicio necesarios, para que la decisión resulte fundada, plasmándola en el correspondiente consentimiento. El alcance de la información se indica en los citados preceptos y su adecuación al caso supone la comunicación de las opciones en relación con la intervención de que se trate, sus resultados, riesgos y complicaciones previsibles. Como se señala en la sentencia de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008) “el contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente, es decir a la persona que requiere asistencia sanitaria todos los riesgos a los que se expone en una intervención quirúrgica precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones”. Con cita de la STS de 2 de noviembre de 2011 (rec. 3833/2009; Id Cendoj: 28079130042011100563), afirma: “causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria” En relación a su cuantificación, dice: “reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, atendiendo a las circunstancias concurrentes.”.

“entre los derechos del paciente, el de información en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, facilitando la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, que se refleja en la exigencia del previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención.”.

A continuación, cita los artículos 2.2 y 3 LAP («derecho del paciente o usuario a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles») y el artículo 4 LAP:

“En cuanto al alcance del derecho a la información asistencial, se establece en el art. 4, el derecho de los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley, información que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

La exigencia de una información al paciente, verdadera, comprensible y adecuada a sus necesidades, que comprenda «toda la información disponible» sobre la actuación en el ámbito de la salud de que se trate, a salvo los supuestos excepcionados por la Ley, constituye el presupuesto necesario para que el consentimiento del paciente, necesario en toda actuación en el ámbito de la salud, pueda considerarse libre, voluntario y responda a una valoración fundada de las opciones propias del caso. Consentimiento que será verbal por regla general y se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (arts. 4 y 8).

En congruencia con ello, en el art. 10 se especifican las condiciones de la información y el consentimiento por escrito, en los siguientes términos: «1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al

estado de la ciencia odirectamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones.»”.

La STS 140/2021, de 4 de febrero, remite también a la regulación autonómica (en este caso, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; que establece el alcance de la información), para concluir diciendo:

“Se desprende de dicha regulación que la información facilitada al paciente debe ser la adecuada para que el mismo pueda decidir sobre la actuación sanitaria de que se trate, de manera libre y voluntaria y con los elementos de juicio necesarios, para que la decisión resulte fundada, plasmándola en el correspondiente consentimiento. El alcance de la información se indica en los citados preceptos y su adecuación al caso supone la comunicación de las opciones en relación con la intervención de que se trate, sus resultados, riesgos y complicaciones previsibles. Como se señala en la sentencia de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008) «el contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente, es decir a la persona que requiere asistencia sanitaria todos los riesgos a los que se expone en una intervención quirúrgica precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones. [...]

En consecuencia y tratándose de un riesgo o complicación previsible y de considerable relevancia para el resultado de la intervención, no puede privarse al paciente de la adecuada información al respecto, que le permita decidir fundadamente sobre la prestación de su consentimiento, en el ejercicio del derecho a la autonomía del paciente.

Por todo ello [...], la falta de información al paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente del posible riesgo de infección hospitalaria, supone el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado en las condiciones legalmente establecidas.”.

Acerca de la segunda cuestión (“si la ausencia de tal información supone una infracción de la *lex artis*, determinante de la correspondiente indemnización”), explica (FD 4), remitiéndose a “numerosas” SSTS de la Sala

de lo Contencioso²⁵³, que la resuelven “en sentido positivo”, por lo que “la ausencia de la referida información constituye una infracción de la *lex artis*”.

Una de las más interesantes Sentencias del alto tribunal al respecto en el ámbito de la Odontoestomatología es la citada STS de 24 de noviembre de 2016, sobre un caso de implantes dentales en un paciente que había sufrido un cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula once años antes, sin tomar medicación en ese momento y sin problemas médicos salvo mala circulación, el cual sufrió una complicación producida a causa de una dehiscencia de suturas que le provocó una osteonecrosis, circunstancia fortuita no achacable a mala praxis, quedando como secuelas cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitándole para hablar, abrir la boca y comer con normalidad.

La Sala recuerda la doctrina del Tribunal Supremo sobre el consentimiento informado:

“es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial [...] constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica”²⁵⁴.

Esta STS de 24 de noviembre de 2016 cita expresamente las SSTS 29 de mayo de 2003; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011 y 23 de octubre 2015²⁵⁵, apoyando este

²⁵³ N.B. Con remisión a las SSTS de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008), según la cual, «una constante jurisprudencia (sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la “*lex artis*” y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.». Añade dicha sentencia que: «No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, portanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.».

²⁵⁴ Cfr., STS núm. 698/2016, de 24 de noviembre de 2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª. Recurso de Casación 455/2014. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. (Id Cendoj: 28079110012016100670, Referenciada también en Aranzadidigital.es como RJ\2016\5649).

²⁵⁵ Vid., LÓPEZ VALVERDE, M., (Dir.), 2017, *op. cit.*, pp. 51 y ss., en su comentario a esta sentencia.

aspecto, aunque en las bases de datos del Poder Judicial podemos encontrar otras que completan la serie²⁵⁶.

“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.

[...] 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”.

El alto tribunal manifiesta que, en este caso concreto, el tratamiento de implantes no se correspondía con medicina satisfactiva, sino con un supuesto de medicina curativa, por lo que no existía la obligación de informar acerca de riesgos que no tienen un carácter típico (no frecuentes), ni específicos del tratamiento aplicado, siempre que sean excepcionales o no sean graves, citando diversa jurisprudencia: SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000, y 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000 y en el caso concreto, se había producido una «dehiscencia de suturas, dándose a

²⁵⁶ N.B. Otras muchas SSTS reiteran este punto. *Cfr.*, SSTS de 22 de julio de 2002 (Id Cendoj: 28079110012002102344), 17 de noviembre de 2005 (Id Cendoj: 28079110012005100853, 10 de mayo de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006100493), citando además la STS de 2 de octubre de 1997, de 21 de diciembre de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006101361), 6 de julio de 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100782), 21 de enero de 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100014), 20 de enero de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100014), 27 de diciembre de 2011 (Id Cendoj: 28079110012011100851), 11 de abril de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100213), 19 de julio de 2013 (Id Cendoj: 28079110012013100432), 7 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100197), 9 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100196), 8 de septiembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100456), 10 de abril de 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100228).

continuación una necrosis de los tejidos, «siendo éste un riesgo informado, y asumido en el Consentimiento informado que no garantizaba tampoco un resultado».²⁵⁷

En relación al consentimiento, dice Lizárraga Bonelli²⁵⁸ –y no le falta razón– que “conocer no es consentir” y que éste debe ser “libre y conscientemente emitido, es decir, sin vicio que lo invalide”. Precisa de una «coincidencia en los quererres de todos los intervinientes en algún momento del tracto contractual», con cita de varias sentencias antiguas del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de junio de 1963, 7 de diciembre de 1966 y 23 de marzo de 1988, respectivamente). Este autor añade a lo anteriormente señalado sobre su emisión libre y consciente, que el consentimiento debe estar “ausente de error [...] en forma análoga a lo que sucede con el consentimiento viciado o prestado con intimidación o miedo, que el consentimiento prestado sin información o por error, deviene nulo”²⁵⁹, con cita del artículo 1265 CC.

Desde las primeras Sentencias del Tribunal Supremo se ha recalcado esta circunstancia.

Por ejemplo, la STS de 21 de diciembre 2005²⁶⁰, recogía la doctrina de la Sala acerca del Consentimiento informado como presupuesto y elemento

²⁵⁷ Vid., CADENAS OSUNA, D., OLIVA BLÁZQUEZ, F., (Pról.), 2018, *op. cit.*, p. 163. Aclara sobre esta sentencia que se trata de un *riesgo atípico*, que no debe confundirse “la baja o reducida tasa de probabilidad” con la incerteza o imprevisibilidad de un determinado riesgo, “que puede ser típico aún siendo baja la frecuencia de su materialización y viceversa” y que, como en este caso, “los riesgos atípicos son aquéllos no vinculados directamente con el tipo de intervención y, en consecuencia, imprevisibles en su acaecimiento, independientemente de la frecuencia estadística con la que se materializan en la práctica.”.

²⁵⁸ LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 136-174.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 136-137.

²⁶⁰ STS núm. 1002/2005, de 21 de diciembre (Id Cendoj: 28079110012005100983), en este caso, se trata de un caso de una madre de tres hijos que acude a un hospital del Servicio Vasco de Salud, remitida por otro hospital de Pamplona para un diagnóstico prenatal de despistaje de trisomía 21 (Síndrome de Down), para interrumpir la gestación si diera positivo. Los resultados fueron aparentemente normales (pero no se les informó del hallazgo efectuado (una célula con un cromosoma más) para, en función del mismo, decidir sobre la continuación o no del embarazo. El niño nació finalmente afectado de este síndrome. Los padres demandaron y en primera y segunda instancia fueron rechazadas sus pretensiones. Sin embargo, en casación el Tribunal Supremo sí se reconoció que existió un daño, no sólo por haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir el nacimiento de su hijo, con todos los cambios que conlleva esta situación, sino de los efectos que dicha privación conlleva. “Son daños susceptibles de reparación económica con un doble contenido: moral y patrimonial”, que el alto tribunal cifra en “veintisiete millones de pesetas a favor de cada uno de

esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (FD 6º). Posteriormente, la STS de 9 de mayo de 2014²⁶¹, reitera que el consentimiento informado es parte de la *lex artis* y como tal forma parte de toda intervención, citando la doctrina anterior del Tribunal al respecto (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005; 15 de noviembre de 2006; 13 y 27 de mayo de 2011), en cuanto a los requerimientos de información, reitera que

“la información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial. [...] El Consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 20 de enero ; 13 de mayo 2011 y 19 de julio 2013), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica” y que los documentos de Consentimiento informado «impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado no sirven para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001 ; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas»²⁶².

los padres”, más el 20% de interés anual, derivado del artículo 20 de la *Ley del Contrato de Seguro*. Es, además, una de las primeras sentencias que se refiere al «*wrongful birth*».

²⁶¹ STS núm. 226/2014, de 9 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100196).

²⁶² STS núm. 226, de 7 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100196), en esta STS, una intervención de cirugía estética (micro liposucción en diversas partes del cuerpo), citando diversas sentencias (SSTS 21 de octubre de 2005, 4 de octubre 2006, 29 de junio 2007, 27 de septiembre 2010, 20 de enero 2011). Desestima el recurso presentado por los demandados y sus causahabientes, porque el médico (fallecido) “no actuaba en términos de plena autonomía e independencia sino de subordinación o dependencia respecto del franquiciador, el cual imponía las normas de actuación y calidad de los productos y servicios, relación de la que resulta, además, su responsabilidad por el uso incorrecto del mismo, en virtud del principio de apariencia que resulta de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato en el que se toma en consideración la garantía de una correcta atención al enfermo derivado de la propia obligación de facilitar la franquiciadora al franquiciado las técnicas a emplear en el funcionamiento de la actividad médica, tipos de prótesis y clases de material o productos a utilizar, ya sea quirúrgicos, sanitarios, etc.”, confirmando la condena impuesta por la Audiencia Provincial de Málaga por responsabilidad contractual por no obtener el resultado satisfactorio después de dos intervenciones similares realizadas por el mismo médico. Sin embargo, la evolución jurisprudencial posterior exonera de responsabilidad al franquiciador frente a terceros (*Cfr.*, STS 634/2021, de 23 de febrero. Roj: STS 634/2021

Sin embargo, esta STS de 9 de mayo de 2014 rechaza indemnizar unos daños ocasionados como consecuencia del tratamiento correcto realizado a un paciente con malformación arteriovenosa, incluyendo radioterapia a consecuencia de la cual sufrió una incapacidad permanente. El recurso se desestimó porque en este caso sí hubo «información suficiente», poniendo en énfasis en la siguiente argumentación:

“a la intervención se llegó tras una previa decisión clínica que, primero, permitió al paciente valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar la terapia elegida por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, y, después, valorar la toda información proporcionada, sin que conste que no hubiera comprendido la información que se le entregó en forma adecuada por lo que cabe deducir, conforme a las circunstancias que el buen sentido impone a cada caso, que tanto la opción de intervención mediante radiocirugía, como el hecho de someterse posteriormente a la misma, fue tomada de forma libre y voluntaria aceptando los riesgos inherentes; todo lo cual permite concluir que el consentimiento del demandante fue prestado y obtenido en la forma que exige el artículo 10.5 de la Ley 14/86, al reunir los requisitos mínimos y razonables para haberle permitido decidir, con suficiente conocimiento y tiempo, si decidía someterse o no a la intervención”.

Vemos, por tanto, que el alto tribunal sostiene que una cosa es la información *de tracto sucesivo* que acompaña la actividad sanitaria, con sus diferentes requerimientos de mayor o menor contenido y profundidad, según se trate de actividad satisfactiva o de finalidad asistencial, y otra cosa es el consentimiento informado, que es exigible en la medida que el legislador lo ha configurado a través de la LAP.

La jurisprudencia defiende que la prueba de la existencia de la información veraz y efectiva (o comprendida) por el usuario de los servicios sanitarios puede incluso convalidar en ciertos casos un consentimiento informado ineficaz, exonerando al profesional sanitario de responsabilidad, en

- ECLI:ES:TS:2021:634; Id Cendoj: 28079110012021100090). *Vid.*, TENA PIAZUELO, I, “Falta de responsabilidad del franquiciador frente a terceros. Comentario a la STS 634/2021, de 23 de febrero (RJ 2021, 758)”, *Cuad. Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 117, 2021, pp. 185-204, que comenta esta última sentencia.

ausencia de daño; según la última doctrina del Tribunal Supremo. Es lo que Llamas Pombo denomina “validez (*contra legem*) del consentimiento informado en forma verbal”²⁶³.

Específicamente en Odontología, como una más de las especialidades médicas, independientemente de si se trata de actividad satisfactiva o asistencial, el consentimiento informado forma parte también de la *lex artis*, como no podía ser de otra forma; tal y como afirma la sentencia que estamos analizando. Así se contempla, además, en las SSTS núm. 330/2015, de 17 de junio²⁶⁴; 1065/2007, de 4 de octubre²⁶⁵; 943/2005, de 24 de noviembre²⁶⁶, relativas a procesos derivados de intervenciones odontológicas, que luego veremos.

En segundo lugar, esta sentencia del alto tribunal, de 9 de mayo de 2014, establece que el consentimiento informado incluye el «diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios»²⁶⁷. Otras sentencias de esta misma Sala confirman este contenido y alcance del consentimiento informado; por ejemplo, las SSTS (sala 1ª) de 29 de septiembre²⁶⁸ y 17 de noviembre de 2005²⁶⁹, 21 de enero²⁷⁰ y 13 de octubre de 2009²⁷¹, 22 de

²⁶³ LLAMAS POMBO, E., 2010, *op. cit.*, p. 224.

²⁶⁴ STS núm. 330/2015, de 17 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100315).

²⁶⁵ STS núm. 1065/2007, de 4 de octubre (Id Cendoj: 28079110012007101006).

²⁶⁶ STS núm. 943/2005, de 24 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012005100912).

²⁶⁷ STS núm. 226/2014, de 9 de mayo de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100196).

²⁶⁸ STS núm. 721/2005, de 29 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012005100650).

²⁶⁹ STS núm. 915/2005, de 17 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012005100853).

²⁷⁰ STS núm. 2/2009, de 21 de enero (Id Cendoj: 28079110012009100014).

²⁷¹ STS núm. 674/2009, de 13 de octubre (Id Cendoj: 28079110012009100620).

septiembre de 2010²⁷², de 9 de mayo de 2014²⁷³, 9 de junio²⁷⁴, y 8 de septiembre de 2015²⁷⁵.

Por otra parte, en Sentencias relativas al ámbito de la Odontología, esta exigencia de contenido del consentimiento informado aparece, por ejemplo, en la STS de 16 de junio de de 2015²⁷⁶, en la que se desestiman los recursos de casación y extraordinario por infracción porcesal basados en la inexistencia de un consentimiento escrito,

“se informó a la paciente de la «naturaleza de la actuación médica y las alternativas» y «que no ha sido privado de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía, no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. Tampoco se le garantizó el resultado, ni este resulta del relato de hechos de la sentencia»”

Idea que también se extrae de la Sentencia núm. 698/2016 de 24 noviembre²⁷⁷, de esta misma Sala, a la que nos referiremos de nuevo más adelante.

Hay muchas otras SSTs que vinculan la Odontología con el consentimiento informado, tanto de la Sala Primera, como de la Cuarta. De esta últimas, una de las más recientes es la STS (Sala 4ª) núm. 1820/2018 de 18 de diciembre²⁷⁸, en la que se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por un paciente que reclamaba a la Consejería de Sanidad de Madrid 300.000 euros de indemnización por daños y perjuicios que se le habían ocasionado por una atención deficiente en un tratamiento combinado de ortodoncia y cirugía ortognática, basándose en la

²⁷² STS núm. 567/2010, de 22 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012010100548).

²⁷³ STS núm. 226/2014, de 9 de mayo (Id Cendoj: 28079110012014100196).

²⁷⁴ STS núm. 336/2015, de 9 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100418).

²⁷⁵ STS núm. 483/2015, de 8 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012015100456).

²⁷⁶ STS núm. 330/2015, de 15 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100315).

²⁷⁷ STS núm. 698/2016, de 24 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012016100670).

²⁷⁸ STS núm. 1820/2018 de 18 de diciembre (Id Cendoj: 28079130052018100475).

inexistencia del consentimiento informado para una de las intervenciones. La Sala lo desestima, con la siguiente *ratio decidendi*:

“Pero tal omisión no resulta de la historia clínica, pues, [...] en fecha no expresada, el paciente firmó un documento de consentimiento informado para la cirugía maxilofacial y para la cirugía ortognática de las deformidades dentofaciales, resulta que [...] también aparece firmado, en fecha de 12 de junio de 2006, el consentimiento informado del paciente para la cirugía maxilofacial y la cirugía oral, siendo de señalar, además, que la alegación de falta de consentimiento informado para esa intervención quirúrgica aparece en la demanda como un hecho nuevo respecto de la reclamación administrativa previa, así como que dado el tiempo transcurrido desde la primera intervención quirúrgica, en cualquier caso, habría que considerar prescrita la acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados por una eventual ausencia de consentimiento informado para esa primera operación”.

En tercer lugar, que el grado de exigencia de información es diferente según se trate de medicina satisfactiva/voluntaria, o curativa/asistencial. Así, la información presenta grados distintos según se trate de actos médicos realizados con carácter satisfactivo/voluntario, en los que existe obligación de informar de todos los riesgos (a diferencia de los actos de carácter curativo/asistencial en los que no hay que informar en detalle de los riesgos que no tengan 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). Dice la sentencia núm. 698/2016 de 24 noviembre, que

“a diferencia de una medicina satisfactiva, en una intervención en una situación de especial necesidad quirúrgica (medicina asistencial) no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse”²⁷⁹

²⁷⁹ *Cfr.*, FD 6º, STS núm. 698/2016, de 24 noviembre.

La meritada Sentencia núm. 698/2016 de 24 noviembre²⁸⁰, con cita de la STS de 30 abril 2007²⁸¹, en el mismo sentido que la STS de 4 de octubre 2006²⁸² (la cual contiene una especificación acerca de la intensidad de la información, que es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial). Por su claridad, transcribimos a continuación parte del FD 4º de la Sentencia del alto tribunal²⁸³, que señala que, en un supuesto de medicina satisfactiva (o voluntaria),

“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 Octubre 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”.

En este sentido, la opinión de Seijas Quintana, autor de gran número de resoluciones sobre mala praxis, se pone claramente de manifiesto cuando dice que “la ausencia de información comporta una mala praxis médica desde el punto de vista de la imputación y también del derecho a la autonomía decisoria con fundamento en la dignidad de la persona, que con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y la paz social del art. 10.1. CE”²⁸⁴. Idea que planea sobre prácticamente toda su producción jurisprudencial como Magistrado-Ponente en innumerables SSTs, en el

²⁸⁰ STS núm. 698/2016, de 24 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012016100670).

²⁸¹ STS núm. 465/2007 de 30 de abril (Id Cendoj: 28079110012007100469).

²⁸² STS núm. 993/2006, de 4 de octubre (Id Cendoj: 28079110012006100926).

²⁸³ STS núm. 465/2007 de 30 de abril (Id Cendoj: 28079110012007100469).

²⁸⁴ SEIJAS QUINTANA, J. A., 2007, *op., cit.*, pp. 15 y 16.

análisis que realiza de la STS de 2 de julio de 2002²⁸⁵ (de la que fue ponente el Magistrado D. Jesús Eugenio Corbal Fernández), señala “la necesidad de una correcta información previa al procedimiento quirúrgico, que debe abarcar «no sólo el de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, sino el relativo a la preparación de la intervención; las posibilidades de fracaso de la intervención y de las secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia; sobre todo en una intervención correspondiente a la medicina «satisfactiva» o «voluntaria»”²⁸⁶.

Teniendo en cuenta que el titular legal del derecho de información es el paciente (artículo 5 LAP) y el titular del deber de información (artículo 4 LAP) es el “médico responsable”, es decir, el dentista en nuestro caso, sin perjuicio del deber de información que tienen los demás profesionales, hay que señalar que del deber de informar surge la obligación en particular, de “proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención”²⁸⁷.

²⁸⁵ STS núm. 667/2002, de 2 de julio (Id Cendoj: 28079110012002102344), con cita de las SSTs de 2 de octubre de 1997, 29 de mayo y 23 de julio de 2003, en esta ocasión, se trataba de una operación de vasectomía, que debido a complicaciones surgidas en la misma se le produjo al paciente un gran hematoma que acarrió la pérdida por atrofia de uno de los testículos. El paciente alegó la falta absoluta de información previa. Efectivamente, el Tribunal estima (FD 6º) que “la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa, o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa”. La falta de información implica una mala praxis médica desde el punto de vista de la imputación y también del derecho a la autonomía decisoria con fundamento en la dignidad de la persona, que con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y la paz social del art. 10.1. CE, como dice SEIJAS QUINTANA refiriéndose al FD 7º de la Sentencia.

²⁸⁶ SEIJAS QUINTANA, J. A., 2007, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

²⁸⁷ STS núm. 534/2009, de 30 de junio (Id. Cendoj: 28079110012009100525). como dice la STS de 30 de junio de 2009, en esta Sentencia se analizaba una acción de incumplimiento contractual, con otra subsidiaria de responsabilidad civil extracontractual, a resultas de una intervención de cirugía estética mamaria, tras la que la demandante sufrió una paraparesia de miembros inferiores, de la que fueron exculpados los demandantes. La sentencia señala que las intervenciones del cirujano y del anestesista se adecuaron a la *lex artis* en todo momento [...] descartando «cualquier apelación al llamado daño desproporcionado o enorme... cuando hay una causa que explica el resultado».

En cuanto a la forma del consentimiento, se admite por la jurisprudencia que la existencia del documento de consentimiento informado, simplemente se considera a efectos probatorios de su existencia («*ad probationem*», es decir, a meros efectos probatorios), según recoge la STS de 9 de junio de 2015²⁸⁸ y recuerda (FD 4º) que:

“... es doctrina reiterada de la Sala (STS de 22 septiembre de 2010, Rc. 1004/2006) que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «*ad probationem*» (SSTS 2 octubre 1997 ; 26 enero y 10 noviembre 1998 ; 2 noviembre 2000 ; 2 de julio 2002 ; 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 , que debe al menos quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”.

La STS de 29 de septiembre de 2005²⁸⁹, así lo entiende al rechazar el recurso de casación que argumentaba, de nuevo, la ausencia de una «forma escrita» de consentimiento que únicamente tiene valor probatorio, pero que no invalida un correcto consentimiento informado verbal. La sentencia ya recogía la doctrina tradicional de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto al valor *ad probationem* del documento de consentimiento, citando las SSTS 2

²⁸⁸ STS núm. 336/2015, de 9 de junio de 2015 (Id. Cendoj: 28079110012015100418), en esta otra sentencia, se trataba de un caso de reducción mamaria en el que la paciente fue derivada desde la Seguridad Social a un Hospital privado, realizada por un profesional asegurado por AMA, tras la que quedó la demandante en situación de invalidez permanente total, con diversas secuelas, fundando la acción ejercitada en el artículo 76 el LCS y en los artículos 1101 y 1104 CC y artículos 1902 y 1903 CC, que en primera instancia se desestimó la demanda, al estimarse que sí existió Consentimiento informado, aunque no constaba por escrito «por alegarse pérdida del documento» en segunda instancia. “Ante la inexistencia de Consentimiento informado se estima parcialmente la demanda, con reducción de la indemnización solicitada, en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidades con cita de las sentencias del Tribunal Supremo aplicables al caso”. El recurso de los demandados se desestima finalmente, debido a cuestiones procesales.

²⁸⁹ STS núm. 721/2005, de 29 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012005100650).

octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de Julio 2002, en consonancia con el marco normativo propuesto por la LAP:

“y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de Noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte»”.

La carga de la prueba de la ausencia de información se trata en la STS de 18 de mayo 2006²⁹⁰. Se afirma que «la inexistencia de información» es un «hecho negativo» cuya prueba

“no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión y que la jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217 de la LEC 1/2000”.

Finalmente, reseñamos la STS de 23 de octubre de 2008²⁹¹, citada por Andreu Tena y colaboradores²⁹², de la que también fue ponente el Magistrado D. J. Eusebio Corbal Fernández, resume de forma magistral la doctrina del Tribunal Supremo sobre sobre la información sanitaria:

“1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses (SS., entre otras, 23 de noviembre de 2007, núm. 1.197; 4 de diciembre de 2007, núm. 1.251; 18 de junio de 2008, núm. 618). Es indispensable, y por ello ha

²⁹⁰ STS núm. 481/2006, de 18 de mayo de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006100567). Se trata también de una madre que insiste en hacerse las pruebas para descartar un Síndrome de Down, por tener parientes afectados, y no se le informa a tiempo del resultado, imposibilitando el supuesto legal de aborto, por lo que nació su hijo afectado de este Síndrome. La demanda fue estimada, con indemnización a los padres, a la hermana y al recién nacido, pero fue apelada por los demandados (el médico, el centro y las aseguradoras), confirmando la Sentencia de instancia, en casación, el Tribunal Supremo, absolviendo a las aseguradoras, pero desestimando el recurso del médico y del centro, por lo que confirma la condena de éstos.

²⁹¹ STS núm. 943/2008, de 23 de octubre (Id Cendoj: 28079110012008100895).

²⁹² ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., y DONAT LAPORTA, E. “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactoria”, *Rev. Esp. Med. Legal*, 2013, p. 166.

de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza;

2. 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 (SS. 28 de junio de 2007, núm. 1.215; 29 de julio de 2008, núm. 743); revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2004; 26 de abril de 2007, núm. 467; 22 de noviembre de 2007, núm. 1.194);

3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso 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 (SS. 17 de abril de 2007; 30 de abril de 2007; 28 de noviembre de 2007, núm. 1.215; 29 de julio de 2008, núm. 743). La Ley de Autonomía del Paciente 41/2002 señala como información básica (art. 10.1) «los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgo(s) probables y las contraindicaciones». [...];

4, en la medicina satisfactiva (dice la Sentencia de 22 de noviembre de 2007, núm. 1.194, con cita de las de 12 de febrero y de 23 de mayo del mismo año) la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria -prescindible- o de una necesidad relativa; y,

5. La denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil (SS., entre otras, 21 de diciembre de 2006, núm. 1.367, y 14 de mayo de 2008, núm. 407)”²⁹³.

Tal y como afirma la doctrina, el Tribunal Supremo aclara que el consentimiento informado debe otorgarse para cada caso concreto y es requisito de validez la individualización del mismo, atendiendo a la

²⁹³ Cfr., STS núm. 943/2008, de 23 de octubre (Id Cendoj: 28079110012008100895).

individualidad del paciente en cuestión, careciendo de validez aquellos formularios o consentimientos tipo, en los que no se individualizan riesgos. Así por ejemplo, en la STS de 15 de noviembre de 2006²⁹⁴ se confirma la condena indemnizatoria impuesta al centro sanitario, al profesional y a la compañía de seguros, absueltos en primera instancia, por el fallecimiento del paciente a consecuencia de complicaciones de una litotricia de la que no se habían informado suficientemente sus riesgos, pese a existir un consentimiento informado escrito, pero que no individualizaba riesgos. La Sentencia se basa para ello (FD 1º) en que:

“no observaron el esencial deber de información a que venían obligados puesto que «los escuetos formularios que obran en las actuaciones y en cuya presencia se basan los demandados para afirmar la concurrencia del Consentimiento informado, no revelan extremos que han de resultar fundamentales para conocer si el paciente se había hecho cargo de las consecuencias que podían derivarse de la intervención a que iba a ser sometido, ya que la aparente sencillez e la misma no podía hacer prever complicaciones tan importantes como las que la sucedieron, ni el dato de si los facultativos habían tenido en cuenta el historial médico del mismo para adoptar, en su caso, medida de diligencia adicionales», y que «caso de haber sido prestado de modo adecuado, podía haber determinado la renuncia del enfermo a someterse a la litotricia a la que, en definitiva, se prestó, habida cuenta de la falta de urgencia que existía»”.

Es decir, el Consentimiento informado debe contener la información adecuada al procedimiento y a las condiciones particulares del paciente, sin que tengan validez consentimientos-tipo.

Por otra parte, en alguna resolución del alto tribunal, se ha considerado que la ausencia de información genera por sí misma un derecho a indemnización, cuando se materializa en un daño, como por ejemplo la STS de 8 de septiembre de 2015²⁹⁵. Lo que viene a confirmar que el defecto de

²⁹⁴ STS núm. 1132/2006, de 15 de noviembre de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006101122).

²⁹⁵ STS núm. 483/2015, de 8 de septiembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100456). En este caso, se trata de una intervención de reducción de estómago realizada por laparoscopia, la cual fracasó según la paciente porque “volvió a engordar, sufriendo cólicos y una segunda operación en la que se apreció que la banda estaba incrustada en el estómago y se tuvo que extraer en junio de 2007, con coste de 14.000 euros”, adicionales a los 6.000 euros que le costó la intervención primera, en Primera instancia se condena a los demandados a indemnizar. La Apelación a estima que hubo falta de información, porque no se advirtió

información tiene trascendencia indemnizable únicamente cuando el mismo se concrete en al menos uno de los riesgos no informados.

En el mismo sentido que la anterior, la STS de 3 de febrero de 2015²⁹⁶ reconoce daño indemnizable cuando la falta de información se concreta, igualmente, «en uno de los riesgos no informados».

a la paciente de las posibles complicaciones mediante un inexistente Consentimiento informado correcto, pero que engordara no se demostró que fuera a consecuencia de la intervención primera (“no que haya sido generador de un daño que haya de ser indemnizado. No ha quedado suficientemente establecida la causa de la obesidad sobrevenida en 2007”), por lo que la sentencia de Apelación concluye que un defecto de información que no cause un daño, no es por sí mismo indemnizable, porque “se rompe el nexo causal”. Dice: “La pérdida de oportunidad no genera responsabilidad cuando no se produce daño y, en este sentido, reiteramos que no queda acreditado que la recuperación de peso fuera debida a la operación, en tanto concurren otras posibles causas plausibles (no respetar la dieta, padecer un embarazo y un parto con diabetes gestacional y sufrir una litiasis biliar)”. Sin embargo, el recurso de casación se estima porque “incluso si el resultado adverso -recuperación de peso- se produjo por actuaciones propias de la paciente, tampoco de ello fue informada de tal forma que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de la intervención y de la materialización de un riesgo y la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud de la paciente. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal es la información que recibe, lo que le permite adoptar la solución más favorable a sus intereses”.

²⁹⁶ STS núm. 18/2015, de 3 de febrero de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100031). Se trata de un caso de responsabilidad contractual al no ser efectiva la operación de aumento de pecho, drenaje linfático y fotodepilación, a consecuencia de las cuales la demandante estuvo en incapacidad temporal, quedando secuelas. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda “con el argumento de que la técnica empleada fue correcta, de que la actora no cumplió el calendario de revisiones y de que lo que ocurrió realmente es que los implantes que se le pusieron pertenecían a una partida defectuosa, lo que no es normal. Se deterioraron y le produjeron graves molestias, lo que no fue debido a una mala praxis”. La sentencia de la Audiencia Provincial considera que, al tratarse de un contrato de obra incumplido, “salvo al daño moral, no indemniza más que el coste de las intervenciones”. El médico condenado formula Recurso de Casación, con dos motivos: por oposición a la jurisprudencia de esta Sala sobre obligación de medios y de resultados (FD 2º), que se estima, y sobre inversión de la carga de la prueba en materia de información (FD 3º). Este último no lo comparte la Sala, que imputa al facultativo “la falta de información. Los efectos que origina la falta de información”, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, y reitera la de 16 de enero 2012, “están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, 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 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007, 23 de 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 de octubre 2005 - cicatriz queloidea-, 10 de mayo 2006 -ostecondroma de peroné-), padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de 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 de diciembre 2006 - artrodesis-, 15 de noviembre 2006 - litotricia extracorpórea-, 27 de septiembre 2010 - abdominoplastia-, 30 de junio 2009 - implantación de prótesis de la cadera izquierda-), alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 -extirpación de tumor vesical-), contraindicaciones, características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre 2009 -Vitrecomía-), necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 - cifoescoliosis-, 7 de marzo 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 y 23 de noviembre 2007 -síndrome de Down-). Esta falta

Por su parte, la STS de 17 de junio de 2015, confirma la Sentencia que absuelve a una dentista y al centro en el que trabajaba ésta (una Clínica dental), de la indemnización solicitada por una paciente tras producirse una pérdida de sensibilidad del nervio dental inferior y del mentoniano con posterioridad a la administración de una anestesia local, con la técnica infiltrativa, porque estima que no hay daño imputable a una omisión del deber de informar ya que a la paciente no se le garantizó el resultado, como vemos a continuación, en esta ocasión, la Sala del Tribunal Supremo desestima en primer lugar, los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

“El primero, denuncia la infracción de los artículos 15 y 24 CE, basándose en la STC de 28 de marzo de 2011, en relación a la supuesta ausencia del consentimiento informado y remitiéndose al Recurso de casación. Se desestima. El segundo, por infracción de las normas procesales que regulan la sentencia, por diversos motivos; entre ellos, infracción del artículo 218 LEC «porque la sentencia no expone las razones por las que el tribunal considera que pese a la existencia de las lesiones y no haber informado previamente a la paciente de los riesgos, entiende que las molestias y falta de sensibilidad en la boca, además de la lesión de los nervios, no es causa de la intervención quirúrgica, pese a reconocer que no hubo consentimiento informado escrito, y que solo habló con el odontólogo»; que también se desestima”²⁹⁷.

A continuación, se formula el recurso de casación, basado en la «falta de información», dividido en cuatro motivos conexos:

“Primero.- Obligatoriedad de prestar consentimiento expreso a la paciente, previo a la intervención quirúrgica realizada para la colocación de dos implantes.

Segundo.- La información es algo inherente al derecho fundamental de la paciente a la integridad física.

Tercero.- La relación entre médico y paciente es de naturaleza contractual cuando se trata de colocación de implantes. Estamos en

de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo que se enuncia de la forma siguiente: “sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica” y que se argumenta con la cita de las sentencias de 30 de junio y 20 de noviembre de 2009 , 22 de noviembre de 2007 , 12 de marzo 2008 y 27 de septiembre de 2010 “, por lo que se desestima el recurso contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la condena del médico impuesta en ella.

²⁹⁷ STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100315).

medicina voluntaria en la que se exige un resultado y se extrema la obligación de informar de los riesgos y complicaciones de la misma, sin que se haya logrado el resultado comprometido.

Cuarto.- Existe nexo causal por vulneración negligente de la *lex artis*”.

Sin embargo, la Sala desestima los cuatro motivos, porque niega que no hubiera habido información. Dice textualmente:

“se ha probado que se informó a la paciente de la «naturaleza de la actuación médica y las alternativas» y «que no ha sido privado de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía», no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. Tampoco se le garantizó el resultado, ni este resulta del relato de hechos de la sentencia”.

Esta Sentencia también es fundamental, porque en ella se resume la doctrina de la Sala acerca del derecho a la información, que, aplicado al ámbito de la Odontología, puede ser útil en especialidades más controvertidas por su posible naturaleza de contrato de obra en ocasiones y que nos permitimos reproducir a continuación los apartados 1 al 3 de su fundamento de Derecho (FD 5°):

“1.- El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre 2006 ; 7 de mayo de 2014), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, 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. La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011).

2.- Dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014, que «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 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 de junio 2009)».

3.- 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 de abril de 1994 , 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 , 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014)”.

Es decir, el estudio de la STS de 17 de junio de 2015, parte de cuyo contenido textual acabamos de transcribir, tiene una particular relevancia para casos en los que se solicita una indemnización por una posible responsabilidad civil del dentista; por cuanto:

1) «El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial,

constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica».

2) «La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo, que en la asistencial».

3) «La obligación del dentista es de *medios*»: está obligado no sólo a prestar las técnicas correctas con diligencia y precisión sino también a proporcionar al paciente la información necesaria sobre la intervención y sus riesgos, que le permita consentir o rechazar tal intervención.

Una Sentencia posterior (STS de 19 de diciembre de 2018²⁹⁸), recaída en un recurso de Casación para la unificación de doctrina, derivado de un recurso Contencioso-Administrativo, con causa en una resolución desestimatoria de responsabilidad patrimonial de la administración, en un paciente con maloclusión, susceptible de tratamiento quirúrgico-ortodóncico «tras un tratamiento de que fue objeto el recurrente por el Servicio de Odontología del mencionado Hospital, que se inició en el año 2007 y concluyó con una intervención, con resultado no del todo satisfactoria, ya en el año 2011», en el que afirma por parte del recurrente haber obtenido un «resultado desastroso por la utilización de una técnica incorrecta y vulneración de la *lex artis ad hoc*... sin que conste el consentimiento informado», se desestima: afirma la sentencia que:

“para que surja la responsabilidad patrimonial no es suficiente con que exista una relación causal directa entre la asistencia prestada por los servicios sanitarios y el resultado lesivo, sino que es preciso que en la prestación sanitaria se haya vulnerado la *lex artis*, y que la carga de acreditarla compete a la parte que afirma su existencia”. Afirmaba la Sentencia número 623/2015, de 14 de octubre, dictada por la Sección Décima, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso contencioso administrativo número 8/2013, contra la que se interpone el Recurso para la Unificación de Doctrina, en relación con la alegada falta de consentimiento informado, que: «tampoco se compadece con la historia

²⁹⁸ STS núm. 1820/2018, de 19 de diciembre (Id Cendoj: 28079130052018100475).

clínica, por cuanto que obran en el expediente administrativo, a sus folios 95 a 98, los documentos de consentimiento informado para la anestesia y para esa segunda operación de cirugía maxilofacial y cirugía ortognática de las deformidades dentofaciales, que fueron firmados por el paciente el 3 de mayo y el 14 de junio de 2011, respectivamente, siendo de significar que el contenido del documento correspondiente a la intervención quirúrgica es muy completo y que en el mismo se contempla como riesgos, junto a otros, el dolor postoperatorio, el daño dental, el riesgo de recidiva, o recaída, total o parcial de la deformidad, y el incumplimiento de las expectativas estéticas y cambios emocionales, lo que, según los peritos de designación de la compañía aseguradora demandada, se ajusta a las recomendaciones de la Sociedad Española de Cirugía Oral y Maxilofacial, y la Sala considera información suficiente para que el paciente hubiera podido ejercitar su derecho de autodeterminación, por todo lo cual, al no haberse desvirtuado en este proceso los fundamentos de la actuación administrativa impugnada, no resulta procedente estimar el presente recurso contencioso administrativo»²⁹⁹

También se basa el fallo en la aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la carga de la prueba; que recae en este caso en una «comunidad de prueba» (principio que obliga al tribunal a valorar todas las pruebas practicadas con independencia de qué parte las haya aportado al proceso). Pero que, valoradas las pruebas según la sana crítica, concluye «que el recurrente no ha cumplido con la carga probatoria que le incumbe». Por lo que finalmente, el alto tribunal desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina por ausencia de identidad con las sentencias de contraste. Sin embargo, hemos creído procedente reproducir todo el razonamiento que se ha expuesto, en aras de detallar aspectos procesales sobre la carga de la prueba, tanto de la mala praxis, como de la falta del consentimiento informado, en sede de responsabilidad patrimonial.

Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019, resuelve un litigio sobre la «acción directa» del artículo 76, ejercitada por un padre en nombre propio y de su hija menor de edad, contra una compañía de Seguros (Zurich),

²⁹⁹ *Ídem.*

“... en reclamación de 1.289.567,62 euros, más los intereses del artículo 20 LCS, como indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de la negligente atención médica [...] en la intervención de mentoplastia y lipofiling³⁰⁰ realizada en el mes de mayo de 2012”.

La mala praxis se alega por la falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial a la que fue sometido, en el deficiente examen postoperatorio de la herida quirúrgica, y en la indebida actuación una vez detectada la insuficiencia respiratoria del paciente, actuación que le causó unos daños cerebrales irreversibles, siéndole reconocida una discapacidad de un 100%. con posterioridad a haberse cerrado administrativamente (con firmeza) una reclamación patrimonial estimatoria por mala praxis médica. La vía patrimonial finalizó administrativamente con el establecimiento de una indemnización de 334.684,66€. «Los demandantes no recurrieron esta resolución, siendo por tanto firme. Con posterioridad, y dentro del procedimiento civil iniciado contra la aseguradora del SERMAS por el mismo hecho originador del daño que fue objeto del procedimiento patrimonial, se dictó sentencia de fecha 29 de julio de 2015, que incrementa la cuantía que fue decidida en vía patrimonial en 735.972,75 €», y ésta, es confirmada por la Audiencia Provincial.

El recurso de casación lo interponen tanto el recurrente, como la aseguradora condenada. El recurso de la aseguradora se basa en que la sentencia recaída en segunda instancia «no ha respetado la declaración de responsabilidad del asegurado, esto es, de la Administración, que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia». El Alto Tribunal estima el recurso de la aseguradora, desestimando los recursos de los demandantes; casando la sentencia recurrida, con revocación de la de la primera instancia y estimando parcialmente la demanda,

³⁰⁰ *N.B.* Esta es una cirugía realizada por el servicio de Cirugía Maxilofacial, que entra de lleno en la Cirugía Oral y Maxilofacial «estética» y consiste en el aumento (mediante una prótesis de mentón) o bien la disminución (mediante ostectomía) del hueso mandibular, en su porción mentoniana. Como complemento, se realiza una infiltración de tejido graso del propio paciente (técnica de lipoinyección o lipofiling de grasa autóloga), procedimiento mínimamente invasivo que se realiza con cánulas más pequeñas que las utilizadas en la liposucción tradicional.

“al quedar limitada la condena a la suma fijada en la resolución administrativa, que devengará los intereses del art. 20 LCS de esta suma desde la fecha del siniestro hasta la fecha de su consignación”.³⁰¹.

La STS anterior suscita interés en tanto en cuanto, se demanda civilmente por hechos ocurridos en el ámbito de la sanidad pública, habiendo sido analizada por García Garnica muy recientemente³⁰².

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2020 (Sala de lo Contencioso), se plantea si la ausencia de consentimiento informado per se, es condición suficiente para irrogar una determinada responsabilidad patrimonial de la administración, y finalmente concluye que “para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico” porque si éste no se produce, “la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”³⁰³. La peculiaridad de esta sentencia es que se exige la previa alegación de la falta de consentimiento, en la sustanciación del procedimiento administrativo, de tal forma que (FD8)

«... La cuestión de interés casacional se formula acerca de matizar, en concreto, si, en una revisión jurisdiccional de una denegación de responsabilidad sanitaria fundada exclusivamente en la vulneración de la *lex artis*, resulta posible la alegación de la falta de consentimiento informado, que no había sido utilizada en la previa vía administrativa».

Para responder a dicha cuestión, debe precisarse dos puntos:

³⁰¹ STS de 5 de junio de 2019 (Id Cendoj: 28079119912019100017).

³⁰² *Vid.*, GARCÍA GARNICA, M. C., “Las vías para reclamar ante una negligencia médica. Especial consideración a la doctrina de la STS, sala 1ª, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”, *RDC*, 2020, Vol. VII (1), p. 34. Al hilo de esta sentencia, explica lo siguiente: «En la medida en que la prestación de asistencia sanitaria puede llevarse a cabo tanto en el ámbito de la sanidad privada como en el de la pública, la reclamación de la reparación de los daños que puedan derivar del actuar médico deberá llevarse a cabo, según las circunstancias del caso concreto, en la vía civil o en la contencioso-administrativa y, en ambos casos, si hubiera indicios de responsabilidad penal, en vía penal; lo que a su vez incidirá en su tratamiento sustantivo y procesal. Pues, cuál sea la vía de actuación incidirá en la determinación del orden judicial competente para resolver el supuesto de hecho litigioso, el proceso y la normativa aplicable al caso concreto y, por ende, en la determinación del sujeto o sujetos responsables, el criterio de imputación de la responsabilidad y los plazos de prescripción. De ahí la relevancia de esta cuestión apriorística en el tratamiento de cualquier caso de responsabilidad civil sanitaria».

³⁰³ STS núm. 1226/2020, de 30 de septiembre, Sala de lo Contencioso, Sección 5ª (ECLI:ES:TS:2020:3106, Id Cendoj: 28079130052020100240).

a.- Examinar «exclusiva causa de una aplicación al caso de una *lex artis* inadecuada y patentemente defectuosa» de la *lex artis* alegada en la previa vía administrativa. Y

b.- Subrayar que la cuestión transcrita se refiere a «la falta del consentimiento informado» y no a la ausencia del documento escrito del consentimiento informado”.

En relación con los artículos 139.1 y 141.1 Ley 30/92 y 56.1 LJCA, señalados en el auto de admisión, el tema a interpretar es si la *lex artis*, cuya vulneración cita genéricamente en la reclamación administrativa, en relación con lo alegado en la vía jurisdiccional, constituye un motivo o es un hecho nuevo su alegación en el recurso contencioso. [...] Como afirma la STSJ de Asturias invocada, nº 263/2016, de 11 de abril, «no hay un criterio unívoco sobre el particular». Esta Sala entiende correcta esta apreciación, pues la interpretación a dar al artículo 56.1 LJCA, dependerá de las características de cada caso. La Administración recurrida estima que, a la vista de la reclamación sin concretar más hechos o actuaciones ocasionadoras de un daño que las consecuencias de la intervención del 2 de febrero de 2009 y la contraindicación de una nueva operación, limitándose a afirmar una inadecuada *lex artis*, mientras que en la demanda se extiende sobre las intervenciones realizadas, y a la información sobre las mismas, constituye un supuesto de desviación procesal incompatible con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Vemos, por tanto, que la doctrina del Tribunal Supremo acerca del consentimiento informado ha venido reconociendo paulatinamente su trascendencia como derecho fundamental, pero rebajando en ocasiones su importancia, centrándose en el caso concreto sobre varios aspectos, como son la necesidad de mayor intensidad de información si se trata de actos de medicina satisfactiva, dándole menor importancia al propio acto del consentimiento informado, en favor precisamente de la existencia de la previa información necesaria para que el paciente se decante por un determinado procedimiento sanitario (y en detrimento a veces de la forma legalmente prevista para tal consentimiento, de la que prescinde en ocasiones). En cuanto a la responsabilidad por el defecto del consentimiento informado, o por la ausencia del mismo, la jurisprudencia se muestra heterogénea, sin definir claramente qué entidad tenga esta falta a efectos de determinar la

responsabilidad; con una forma diferenciada de tratamiento de la cuestión en las Salas Primera y Tercera del Alto Tribunal.

El problema, todavía hoy, sigue siendo el señalado por Arcos Vieira años atrás: “la imprecisión de los parámetros que impone la *lex artis* en esta materia. En la práctica, además, resultará difícil evitar la tendencia a reconocer el derecho a la indemnización de quien, no pudiendo decidir conscientemente por la falta de información, se ha visto determinado por decisiones ajenas a una situación personal a veces trágica y cuando menos desfavorable”³⁰⁴.

³⁰⁴ ARCOS VIEIRA, M.L., 2007, *op. cit.*, p. 118.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE TRATAMIENTO ODONTOLÓGICO

Como afirmamos en la Introducción, podemos interpretar que lo que ocurre entre dentista y paciente, no cabe duda, constituye un contrato a la luz de nuestro Código Civil. Y si bien se ha querido “encuadrar en la figura de arrendamiento de servicios del artículo 1544 de aquel texto legal”³⁰⁵, la naturaleza de esta relación trasciende la tipicidad descrita: un contrato sobre la disposición de la integridad corporal con fines sanitarios, sea un paciente o un cliente (usuario de servicios, o consumidor de bienes), no deja de resultar *muy especial*, tanto por su objeto, como por su naturaleza.

Debemos pensar que el objeto de este contrato atípico le confiere una enorme complejidad, por lo que la doctrina ha querido siempre deslindar en qué tipo contractual estamos³⁰⁶. Es, precisamente, esta indefinición la que analizamos en este capítulo.

Por regla general, y por exclusión, debemos convenir que, en sentido estricto, el contrato entre el dentista y el destinatario de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos es «consensual», precisamente porque procede del consentimiento informado al que legalmente está obligado no solo por las normas civiles contenidas en el Código civil, así como en toda la normativa especial sanitaria, tal y como hemos visto en el capítulo precedente, sino que, además, está ínsito en el código ético de la profesión de dentista—a modo de imperativo categórico kantiano—, ya que el consentimiento informado integra la *lex artis* de la actividad sanitaria en general y de la Odontología en

³⁰⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op. cit.*, 1998, pp. 32-33.

³⁰⁶ *Cfr.*, DE LORENZO, R., y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 36; *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op. cit.*, 1998, p. 242; DE LORENZO Y MONTERO, R., “Secc. XXXVI. Aspectos Jurídicos”, en BASCONES MARTÍNEZ, A., (Coord.), *Tratado de Odontología*, 1998, *op. cit.*, p. 4623; DE BARRÓN ARNICHES, P., 2008, *op. cit.*, p. 6; VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid 2009, pp. 292 y ss.; BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *RDC*, 2015, Vol. II, núm. 2, pp. 69-126; y LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 231 y ss., y 395-408, por nombrar algunos.

particular. También se trata de un contrato «oneroso» por regla general³⁰⁷, y aunque encaja en la clasificación de Castán Tobeñas, no se sitúa entre los contratos típicos, pudiendo encuadrarse en los contratos «atípicos» con tipicidad social³⁰⁸, o bien en un contrato de los denominados «mixtos o múltiples»³⁰⁹.

Desde este acercamiento contractual, en sentido estricto, la relación jurídica que vincula una parte (el consumidor/usuario paciente acreedor de los servicios dentales) con la otra parte (el deudor de la prestación de hacer, bien sea éste un profesional/persona física/dentista –o bien, los demás colaboradores, dependientes o no de éste–; o un centro sanitario/persona jurídica –ya se denomine clínica dental, centro de especialidades, o centro asistencial–, o bien sea un tipo societario concreto u otras personas jurídicas –como por ejemplo, una aseguradora, o entidades públicas o privadas a través de las cuales se prestan esos servicios–), nos sitúa simple y llanamente ante un *contrato*.

El paciente o cliente –o acreedor de la prestación de hacer cualificada que tiene el deudor–, ante la producción de un daño derivado del contrato se sitúa en la posición de “titular subjetivo” de la relación que lo origina (pero también de acreedor de la prestación de actividad pactada) y, por tanto, puede pretender una indemnización frente a la contraparte. “Pero en la prestación de tales servicios, pueden intervenir terceras personas, con las que el paciente no dispone de ninguna relación contractual, y que pueden *y deben* responder de

³⁰⁷ Cfr., ALONSO PÉREZ, M. T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 483. Así se desprende de la presunción contenida en el artículo 1711 CC.

³⁰⁸ Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 489. Señala muy acertadamente que se puede distinguir «una tipicidad legislativa para designar aquellos contratos que tienen una calificación técnico-legislativa, que opera además por el establecimiento de una disciplina normativa en la legislación», de «tipicidad social, para hacer referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la consciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y de la jurisprudencia.», en este sentido, el contrato de tratamiento odontológico (y el contrato conexo «de suministro de asistencia dental», de naturaleza mercantil) podría examinarse como contrato innominado con tipicidad social, puesto que va siendo acogido por la jurisprudencia y por la doctrina. *Vid.*, nota núm. 9, en relación a TENA PIAZUELO, I., “Falta de responsabilidad del franquiciador frente a terceros. Comentario a la STS 634/2021, de 23 de febrero (RJ 2021, 758)”, Cuad. Civitas de jurisprudencia civil, núm. 117, 2021, pp. 185-204.

³⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op. cit.*, p. 19.

los daños que sus actos pueden producir al paciente”³¹⁰; cuya regulación podría no estar del todo resuelta desde la perspectiva de la pretensión principal –la denominada «teoría de la absorción»–, pero tampoco desde la «teoría de la combinación» y su regulación por una conjunción de normas o concurso de normas³¹¹, cuando hablamos de un contrato múltiple o mixto³¹² o contratos conexos³¹³, algunos tipificados legalmente, como los contratos de crédito vinculado, –pero otros contratos, como el contrato de suministro de asistencia dental, con su creciente reconocimiento jurisprudencial, así como dotados de una “de tipificación social”, en nuestra opinión– (pensemos, por ejemplo, los contratos conexos imprescindibles para lograr la satisfacción del paciente –de suministro de prótesis dental, o de servicios de otros profesionales no dependientes del deudor que posibilitan el cumplimiento; es decir, la función económica³¹⁴ del contrato de tratamiento odontológico).

En este contexto, hemos optado conscientemente por enmarcar este contrato de tratamiento dental dentro del ámbito de consumo³¹⁵. Aunque no deja de ser arriesgado, los motivos que nos han llevado a ello son variados: en

³¹⁰ DE FUENTES BARDAJÍ, J., CANCER MINCHOT, P., FRÍAS RIVERA, R., y ZABALA GUADALUPE, J. J., (Dir.), ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 344-345. Es por ello que “para el paciente perjudicado se abre una doble vía de resarcimiento: (i) la acción basada en su contrato, [...] y (ii) la acción basada en la responsabilidad extracontractual”. “La combinación de esta teoría (de la unidad de la culpa civil) con el reconocimiento de la potestad de los Tribunales para decidir el régimen jurídico aplicable a la resolución de cada caso (conocido bajo los aforismos ‘iura novit curia’ y ‘da mihi factum, dabo tibi ius’), permite garantizar en mayor medida la compensación de los daños que el facultativo hubiera podido ocasionar a su paciente”.

³¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas. Madrid. 1999 (Reimpresión), 2000, pp. 263-264.

³¹² CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op. cit.*, p. 19.

³¹³ LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, 371 pp.; *Vid.*, GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., *Los contratos atípicos. Las nuevas formas contractuales*, en LLAMAS POMBO, E., (Dir.), *Manual de Derecho civil*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2021, 309-324.

³¹⁴ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de del derecho civil patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 42. 725 pp.

³¹⁵ *Cfr.*, CRESPO MORA, M. C., “Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor. Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020,486)”, *InDret*, 4/2020, p. 481. La autora considera la importancia de esta Sentencia del Tribunal Supremo, que otorga “la consideración del contrato entablado entre un abogado y su cliente como una *relación de consumo*, que puede considerarse como el último capítulo escrito por nuestros tribunales sobre la exigencia de responsabilidad civil a los profesionales del Derecho”. Siendo un contrato de actividad, al igual que el que nosotros analizamos, no hay motivo para considerar el contrato de tratamiento odontológico, también, como contrato de consumo.

principio, el especialísimo objeto del contrato y la casi absoluta imposibilidad de asegurar un concreto desenlace, inclinarían la balanza hacia un *contrato de servicios*, de mera actividad. Sin embargo, no podemos olvidar que el artículo 51 CE “consagra el principio de protección del consumidor”, en palabras de Lacruz Berdejo, “cuando un empresario o un profesional contrata con un consumidor, [...] existe un desequilibrio que justifica la intervención del legislador.”³¹⁶. Esta idea ha calado y ha hecho evolucionar el concepto de contrato, en el ámbito de consumo, hacia una transformación “moderna”, que legitima la “intervención por parte del Estado”³¹⁷. Pero cuando la intervención no es explícita, y es dable a interpretaciones diversas, como el caso de la legislación de consumo, entendemos que, por razones de seguridad jurídica, no debería quedar siempre a la interpretación judicial la aplicación de una u otra norma, ante la indefinición legislativa, en cuanto a lo que sea el contrato de tratamiento odontológico y sobre las normas que deban regirlo.

Hemos querido situar el contrato de tratamiento odontológico, deliberadamente en sede de consumidores³¹⁸, precisamente por el especial objeto contractual (intervención diagnóstica o terapéutica sobre una persona natural que, a través del preceptivo consentimiento informado, accede a una

³¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op., cit.*, p. 274.

³¹⁷ *Cfr.*, ORDUÑA, F. J. y CAMPUZANO, A. B., (Dir.), *Curso de derecho privado*, 18ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p. 210.

³¹⁸ Sobre la noción de consumidor, *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor”, en Azparren Lucas, A. (Dir.), *Hacia un código del consumidor*, Manuales de Formación continuada, Madrid, 2005, núm. 34, pp. 17-22. *Cfr.*, SOSA OLÁN, H. “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, *Ars Boni et Aequi*, 2015, 11, núm. 2, pp. 177-179. Afirma el autor que “la figura del consumidor ha estado y sigue estando presente en las normas que se han dictado dentro del seno del marco comunitario europeo”, siendo un concepto moldeado a través de la jurisprudencia del TJCE (actualmente, TJUE). Que si bien, en un principio dicho concepto se tomó de la economía, hoy indiscutiblemente, “forma parte de la ciencia jurídica como tal”. Distingue entre la «noción abstracta» de consumidor, identificándose con el “ciudadano, a quien se debe tutelar”, que se traduce de la dicción del artículo 51 CE y la noción jurídica de consumidor, “conforme a la normativa comunitaria y nacional, quien ejecute el acto de contratación del servicio o compra del producto”, «noción material» de consumidor, que define como “aquella persona que hace uso o disfrute del bien o servicios, teniendo derecho a la sanidad y seguridad. Además, puede ejercer los derechos, garantías y acciones que le correspondan como resultado de la adquisición del bien o contratación de servicios”; la noción amplia de «consumidor-cliente», que la tiene “cualquier persona que en el mercado adquiera un bien o disfrute de un servicio por cualquier título”; y, finalmente, la de «comprador, arrendatario, usuario, derechohabiente, espectador, etc.», que concuerda con la noción concreta de consumidor del anterior; cuyo *fundamento* reside en el artículo 101 TFUE. Si bien el concepto de consumidor carece de una *noción uniforme*, “su delimitación, vendrá determinada en atención al sector de que se trate”. *Vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias, RDL 1/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2015, p. 58. Insiste en la idea de consumidor como “persona física que actúa al margen o con un propósito ajejo a su actividad”.

invasión de su integridad, de los bienes de la personalidad, que son objeto de la prestación de hacer inequívoca del dentista). El contrato del paciente con el dentista es, además, un contrato asimétrico, en el que está más que justificada la intervención protectora del Estado, sobre esta base; así como también por la tutela de derechos fundamentales de los que es titular el acreedor de la prestación de hacer del dentista.

En la actualidad, se aprecia un cambio no solo en el modelo de paciente, sino también en el propio contrato de tratamiento dental; debido a la creciente existencia de prestaciones conexas, combinadas o yuxtapuestas (pensemos, por ejemplo, en la intervención de otros protagonistas en la prestación dental por parte de los colaboradores independientes o dependientes del principal, tales como especialistas o técnicos titulados en Prótesis dental, profesionales sanitarios que también son terceros en el contrato; o la creciente proliferación de contratos de crédito vinculado con la financiación de intervenciones dentales, amparados en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; donde el fuero para resolver controversias judiciales se traslada al domicilio del consumidor³¹⁹, en el que la responsabilidad por el hecho ajeno –en principio objetiva a tenor del artículo 1903 CC–, es asumida por la contraparte deudora de la prestación de hacer; o la ineficacia del contrato de tratamiento dental, la cual provoca la del contrato conexo de financiación; o bien la existencia de una responsabilidad también objetiva por daños producidos por productos defectuosos).

³¹⁹ *Cfr.*, ATS 11 enero 2022 (conflicto 353/2021: Roj: ATS 193/2022 - ECLI:ES:TS:2022:193A), Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, que resuelve un conflicto de negativo de competencia entre los juzgados del domicilio del demandante y de la financiera demandada, en un asunto derivado de un «contrato de financiación de asistencia dental» (DF 1º), con base en los artículos 52.2 y 52.3 LEC, explica que tras la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se simplifica el ámbito de aplicación del art.52.2 LEC, y las relaciones de consumo, sin necesidad de especial calificación, pasan al art. 52.3, según el cual, será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50 y 51 (FD 2º b, párr. 2º). Por lo que resuelve declarar (FD 3º) «la competencia del Juzgado de Primera de Andújar, domicilio del consumidor demandante y ante el que se presentó la demanda de juicio verbal», con cita de los AATS 5 de octubre de 2021 (conflicto 260/2021), 22 de diciembre de 2020 (conflicto 225/2020) y 22 de diciembre de 2020 (conflicto 288/2019), los cuales resuelven en idéntico sentido supuestos análogos al de este caso.

Todo ello no solo justifica, sino que –en nuestra opinión– hace deseable su protección (concretamente, del paciente/usuario de los servicios odontológicos) bajo el paraguas del TRDGCU.

2.1. Cuestiones Previas: la relación dentista-paciente y el mercado dental

Como hemos afirmado, la salud es un continuo en el que hay periodos donde surge la enfermedad, alternándose con periodos de salud de intensidad y duración variables que acompaña a la persona, entre el nacimiento y la muerte.³²⁰

Si la salud es el bien máspreciado que puede poseer la persona natural, poniendo ésta por encima de la economía (porque, no nos engañemos, sin salud no es posible sostener una economía), la Medicina es la profesión más importante que existe para el hombre, ya que trabaja con la «vida, la salud y la integridad física», que son valores fundamentales de las personas. No es solo una profesión, ni meramente un arte. Tampoco es solo una ciencia. Es mucho más: incluye en todo momento una “voluntad buena” como imperativo categórico del concepto kantiano del “*deber*”³²¹ del sanitario. Es quizás por este motivo que uno de los aspectos más apasionantes de la profesión sanitaria sea, precisamente, la relación que vincula a sus protagonistas.

La relación médico-paciente es constante en la historia de la Humanidad, pero su fundamento es dinámico y ha ido cambiando en diferentes momentos y lugares del mundo; no de forma continua ni sucesiva, ni tampoco simultánea en las diferentes civilizaciones, pero ha mudado desde una justificación mágica primitiva, hacia su posterior fundamentación más o menos religiosa y finalmente, científico-técnica. Se basa en cuatro principios fundamentales³²²:

³²⁰ *Vid.*, nota núm. 9. La referencia principal corresponde a CORPAS PASTOR, L., 2019, *op. cit.*, pp. 445-484.

³²¹ KANT, M., *op. cit.*, 1921, p. 11.

³²² *Cfr.*, GRACIA, D., *Prólogo a la edición española*, en BEAUCHAMP, T. L., y CHILDRESS, J. F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, Barcelona, 1999, p. IX-X. Se trata de la traducción castellana de la cuarta edición inglesa. El autor del Prólogo ensalza su valor como «algo original» y que los «seguidores

principio de «beneficencia» (por el que la actuación del médico será beneficiosa para el paciente), de «no-maleficencia» (primero, no hacer daño; acuñado en el humanismo como “*primus non nocere*”), principio de «autonomía» (por el que el paciente decide por sí mismo y acepta una determinada actuación tras informarse de riesgos y alternativas) y el principio de «justicia y equidad» (justicia retributiva: dar a cada uno lo suyo, considerando la salud como derecho humano fundamental que debe ser garantizado por la sociedad)³²³.

En la actualidad, en nuestro entorno, la relación médico paciente se fundamenta en la bioética, en el respeto a la libertad del individuo a dirigir su propio destino y a consentir cualquier actividad sobre su propio cuerpo. Actualmente, sin lugar a dudas, y fruto de una evolución en la sociedad occidental que comenzó después de la II Guerra Mundial, el principio de autonomía rige con supremacía esta relación, habiendo desplazado a los de beneficencia y no maleficencia, por lo que el respeto a la autonomía constituye el fundamento del modelo de relación paciente-dentista; como hemos expuesto en el capítulo precedente. La actividad sanitaria tiene su fundamento en la relación entre el paciente y el médico (en sentido amplio, pues el término se extiende cognitivamente a todos los profesionales sanitarios)³²⁴.

Los dentistas, como sanitarios, tienen una «voluntad buena» dentro de su *lex artis*, sancionada por su Código deontológico, que tiene al paciente como «centro de su actividad»³²⁵. La práctica clínica “se sustenta en una serie de

y críticos, han convertido en indispensable». *Vid.*, SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado*, Tricastela, Madrid, 2000, p. 124.

³²³ *Cfr.*, INSTITUT BORJA DE BIOÈTICA (Editorial), “Principios de Ética Biomédica, de T. L. Beauchamp y J. F. Childress”, *Bioètica & Debat*, 2011, 17(64), p. 5. Los principios enunciados no están exentos de crítica, pero vence y convence su enunciado: en esta reflexión, se sostiene que «Al hacer balance del principialismo de B&Ch hay quien destaca que los cuatro principios anunciados son sumamente útiles y quizás irrenunciables para la bioética actual. Se considera que el principialismo aporta a la bioética tres ventajas importantes: 1) Claridad conceptual en los debates morales en el ámbito de las prácticas médicas. 2) Introduce un lenguaje preciso y accesible al mundo científico y médico. 3) Introduce un lenguaje común en una sociedad norteamericana y europea dividida por el pluralismo moral. Y estas ventajas, juntamente con la simplicidad metodológica, explicarían el éxito del paradigma principialista».

³²⁴ *Vid.*, nota núm. 9.

³²⁵ *Cfr.*, CGCOEE, 2012, pp. 6-7. Los artículos 12 y 13 así lo consagran: «La principal lealtad del dentista es la que debe a su paciente, y tanto la salud general como la salud bucodental de éste, deben

principios y valores compartidos por las dos partes involucradas y que son la confidencialidad, la veracidad, la fidelidad y la privacidad, así como las habilidades del profesional para comunicarse con el paciente y generar confianza”³²⁶. Una idea de CORTINA, acerca del derecho a ser escuchado en la toma de decisiones que afectan al paciente, que recoge Siurana, es que “el consentimiento informado es la expresión del principio ético de la autonomía dialógica”³²⁷. Gallardo Castillo considera que el consentimiento Informado constituye “parte integrante de la *lex artis*”³²⁸, por lo que su ausencia determina la negligencia del profesional, independientemente de haber realizado el facultativo cualquier procedimiento correctamente.

Como hemos visto en el capítulo anterior, la información sobre el proceso sanitario es de tracto sucesivo e implica una serie de componentes acerca del procedimiento en cuestión, sus riesgos y alternativas. En la relación paciente-dentista. Éste es el titular del deber de información, como “médico responsable” del proceso; sin perjuicio de la obligación de informar que tienen los demás profesionales intervinientes. El dentista está obligado legalmente a informar de forma veraz y comprensible al destinatario de sus procedimientos diagnósticos o terapéuticos (es decir, como dice el artículo 2 LAP³²⁹, «al titular del derecho al consentimiento informado»), del procedimiento concreto que se propone realizar, las alternativas al mismo y, sobre todo, de los riesgos

anteponerse a cualquier otra conveniencia.» (art. 12 párr. 1º) y «atendiéndole conforme al conocimiento científico del momento y situación» (art. 13, *in fine*).

³²⁶ LIFSHITZ, A., 2003, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

³²⁷ SIURANA APARISI, J. C., “los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”, *Veritas*, núm. 22, 2010, pp. 156-157. El autor realiza una semblanza de los principios bioéticos en las diferentes culturas, marcadamente diferentes o que se desarrollan a velocidades distintas, dando a entender que los cuatro principios de Beauchamp y Childress (no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia) van trascendiendo los “asuntos nacionales” de salud, hacia una bioética intercultural “capaz de articular un lenguaje común entre las culturas para afrontar los nuevos desafíos éticos que plantean las ciencias relacionadas con la salud y con la vida”, donde “el pluralismo razonable exige argumentar sobre una base compartida (cívica) que contiene valores como la autonomía, la igualdad, la solidaridad, el respeto activo y la actitud de diálogo”.

³²⁸ GALLARDO CASTILLO, M. J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 93.

³²⁹ *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*. (BOE núm. 274, de 15 de noviembre).

inherentes a tal intervención. Pues si el titular del deber de informar es el profesional sanitario, el titular del derecho al consentimiento informado es el paciente o usuario del servicio sanitario.

Una vez transmitida y comprendida la información —con mayor o menor nivel de exigencia, se trate de medicina curativa, o bien, satisfactiva— (que además debe ser veraz, no solo acerca de la patología en cuestión que presente el paciente, sino también a las alternativas terapéuticas, contraindicaciones y riesgos normales o excepcionales, según se trate), será el paciente, o su representante en los casos legalmente previstos, quien consienta, o rechace, la intervención diagnóstica o terapéutica que sea. Entonces y solo entonces, después de recibir la información adecuada, estará en condiciones de emitir un consentimiento válido (conforme a los arts. 4 y 8 LAP)³³⁰.

El TRLGDCU, en sede de Contratos con los consumidores y usuarios, en cuanto a sus disposiciones generales (Capítulo I, del Título I, del Libro Segundo, sobre Contratos y garantías), garantiza la información precontractual (artículo 60) “«en términos claros, comprensibles, veraces y suficientes» en un formato «accesible» que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses”.

El dentista tiene además de una obligación deontológica, ética y profesional con el paciente, de realizar la prestación que haya comprometido, siempre de acuerdo a la *lex artis* y al «deber» que contiene la «voluntad buena» kantiana anteriormente referenciada; pero también, y en reciprocidad con el paciente, adquiere una serie de obligaciones legales, junto con las convencionales que surgen del contrato fruto de esta relación tendentes al cumplimiento de lo pactado, y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley, *ex artículo 1258 CC*, como veremos en el apartado siguiente. Igualmente, la información contenida en el consentimiento informado puede considerarse como una auténtica información precontractual que como tal, integra también el

³³⁰ *N.B.* Lo cual no quiere decir que no exista una relación obligatoria, igualmente, prescindiendo de la previa información necesaria que caracteriza un consentimiento informado válido. Puesto que el consentimiento informado siempre es algo más, nunca algo menos que el consentimiento del art. 1261 CC.

contrato³³¹, de la misma forma que la publicidad en los contratos de consumo es considerada por la doctrina más autorizada como una “nueva fuente de integración de estos contratos”³³².

Por otra parte, generalmente (y a tenor de la LAP), el paciente será el sujeto destinatario de la información, y quien generalmente prestará su consentimiento informado; esto es, una vez informado de las características de su patología, de los riesgos y alternativas de tratamiento, es decir, después de recibir la información adecuada, será quien otorgue su conformidad libre, voluntaria y consciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (salvo caso de urgencia, o bien cuando sea necesario el concurso de un representante).

El problema es que ni la LAP, ni las normativas autonómicas, diferencian muy bien los pacientes de los «clientes»³³³, ni se plantea la cualidad del paciente en tanto que se trate de un «usuario o consumidor», solo en cuanto a los derechos de información que se reconocen a los pacientes y *usuarios*.

La relación del dentista con el paciente/cliente/consumidor adquiere ciertos matices, casi siempre jurisprudencialmente, en relación con la intensidad de la información que deba tenerse por suficiente. La diferencia entre paciente y cliente³³⁴, como hemos explicado³³⁵, tiene su trascendencia en

³³¹ *Cfr.*, LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, pp. 125-128. El autor reproduce textualmente el artículo 60 TRLGDCU, en el que se menciona la trascendencia jurídica que tiene la *información previa al contrato*, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE; según expone dicha ley en su Preámbulo. Sostiene Lasarte que toda la publicidad será vinculante por lo que hay que prestar suficiente atención a lo que ofrezca el dentista en su página web, ya que todo lo publicitado será exigible por los consumidores y usuarios, «aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado», por lo que cualquier información que proporcione (en las ofertas publicitarias, o incluso en la cartera de servicios que ofrezca en una página Web), puede servir de base para realizar una reclamación, sin que sea preciso que dicha información conste en el contrato. Es lo que el autor explica cuando dice «la integración de las promesas publicitarias en el contrato constituye una norma de directa y enriquecedora aplicación»

³³² Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 432.

³³³ *N.B.* A nuestros efectos, siempre será un «cliente» el acreedor de la prestación de hacer.

³³⁴ *Vid.*, SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios, Obligación de resultados?” *Rev. Asoc. Esp. Abogados Esp. R Civil y Seguro*, 2009, p. 10.

³³⁵ *Vid.*, nota núm. 9.

cuanto a los derechos de información con diferente intensidad que asisten a quien «deja hacer» en su cuerpo sano –porque decide someterse a una intervención (y puede decidir no hacerlo si conoce todos los riesgos de la misma)–; o quien, enfermo (paciente), valora la posibilidad de curarse en función de cuáles son los riesgos típicos de la intervención, y decide asumirlos con tal de tener la posibilidad de sanar³³⁶.

Ahora, el paciente consiente de forma autónoma una determinada actuación diagnóstica o terapéutica sólo después de un proceso de comunicación con el profesional sanitario, el cual tiene la carga no sólo ética, sino legal, de garantizar el contenido y alcance de dicha información que, por motivos evidentes, resulta asimétrica. Así, la relación paciente-dentista, por tanto, ofrece “las dos caras de una misma moneda, en la que las dos partes tienen un mismo interés” y el consentimiento informado –como hemos expuesto en el capítulo primero– se convierte en una “exigencia ética y legal que protege no solo al dentista sino también al paciente”³³⁷.

Por eso, sostiene Rodríguez López, que en la responsabilidad civil sanitaria “surge con enorme fuerza el consentimiento informado como instrumento de exclusión de la responsabilidad, que no siendo más que una exigencia del Ordenamiento Jurídico a la persona, se ha convertido en la piedra donde se pretende sustentar la responsabilidad médica y hospitalaria del siglo XXI [...] una causa de exclusión de la responsabilidad basada en la exclusión de la culpabilidad, al legitimar el acto médico”³³⁸.

En definitiva, es precisamente este consentimiento (tanto el informado, como el «desinformado») el que nos permite inferir un *estatus* contractual consensual a la relación médico-paciente y es este consentimiento fuente de obligaciones para ambas partes. Obligaciones que actualmente están reguladas

³³⁶ Vid., CORPAS PASTOR, L., 2019, *op., cit.*, p. 455.

³³⁷ DEVADIGA, A., What’s the deal with dental records for practicing dentists? Importance in general and forensic dentistry”, *J. Forensic Dental Sciences*, 2014, p. 14.

³³⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 113-114.

mediante leyes especiales, pero también por el Código civil³³⁹. Una de esas obligaciones del profesional sanitario, enmarcadas en el imperativo categórico kantiano de un deber que contiene una voluntad buena con el destinatario de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, lo constituye la obligación de incluir imperativamente una información veraz sobre las alternativas y riesgos del procedimiento, tal y como hemos visto en el capítulo anterior; es decir, una correcta información precontractual.

Por otra parte, el estudio de la relación dentista-paciente no sólo tiene que ver con la transformación bioética de la Medicina, sino también con la «evolución» que ha experimentado el mercado dental español; que, en nuestra opinión, justifica un acercamiento al contrato desde el derecho de consumidores y usuarios. En España, el modelo de atención tradicional y más frecuente –en el que un dentista autónomo ejerce la profesión de forma individual e independiente–, convive actualmente con otras formas de ejercicio colectivo y dependiente, sea o no a través de un seguro sanitario: las entidades mercantilistas como las franquicias dentales y las cadenas de clínicas de titularidad privada de una persona natural o jurídica, como de una aseguradora, que forman parte de la oferta nacional de servicios bucodentales. Como veremos seguidamente, esta oferta trae como consecuencia un aumento de reclamaciones judiciales contra los profesionales por casos de supuesta mala praxis y se ha convertido en un verdadero factor de riesgo para no sólo para los usuarios, sino para la profesión de dentista. Paralelamente, el mercado está provocando ciertos cambios en la odontología tradicional, no sólo en los dentistas que se ven abocados a establecer estrategias mercantilistas, antes impensables; sino sobre todo en los pacientes, quienes “comienzan a percibir el mercado dental de forma cada vez más homogénea”³⁴⁰.

³³⁹ *N.B.* Piénsese en el contenido del artículo 1089 CC (con sus derivaciones hacia la responsabilidad a través de lo dispuesto en todo el sistema contractual, así como el extracontractual) cuando se incumplen determinadas obligaciones y toda la regulación del Libro Cuarto sobre responsabilidad, que analizaremos en el capítulo siguiente; pero no solo se agota en el Derecho común: la LAP, y por qué no, el TRLGDCU y otras muchas normativas en diferentes posiciones competenciales las regulan.

³⁴⁰ CORPAS PASTOR, L., “El contrato de suministro de servicios dentales y la aplicación de la legislación de consumo”, *Economist & Jurist*. 9/8/2020. (<https://www.economistjurist.es/articulos->

Estas regulaciones tanto éticas como legales, pensamos, son compatibles si observamos el «contrato de tratamiento odontológico», desde la óptica de consumidores y usuarios.

Por lo tanto, a través de la relación entre dentista y usuario que consiente una determinada actuación sobre su propia integridad con fines terapéuticos o satisfactivos, se define el objeto del contrato: el consentimiento informado es la clave que explica en qué consiste el «contrato de tratamiento odontológico»³⁴¹: el paciente/cliente (usuario de servicios) se obliga a pagar un precio a cambio de la prestación dental pactada; pero igualmente, a las demás obligaciones legales –como, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivo, debe actuar de buena fe, con vocación de no frustrar el cumplimiento de lo pactado, proporcionando al dentista información sobre sus antecedentes médicos y dentales, acudir a las citas, contribuir eficazmente al cumplimiento del contrato, estableciendo una cooperación eficaz con el profesional sanitario, siguiendo las medidas, prescripciones o recomendaciones que le indique, etc.–.

Teniendo en cuenta lo anterior y aprovechando el creciente interés jurídico por el ámbito de consumidores y usuarios, en este trabajo pretendemos analizar los sujetos clásicamente implicados en el ejercicio privado de la profesión de dentista, así como la relación contractual que une al dentista con el paciente; pues no sólo tiene relevancia teórica considerar el consentimiento informado como un “acto de ejercicio de los derechos fundamentales”, sino sobre todo práctica: “es un acto legitimador de la actividad del facultativo, de enorme importancia a la hora de determinar su «incidencia en la apreciación y delimitación de la responsabilidad médica o sanitaria»”³⁴².

juridicos-destacados/el-contrato-de-suministro-de-servicios-dentales-y-la-aplicacion-de-la-legislacion-de-consumo/).

³⁴¹ *Vid.*, nota núm. 13.

³⁴² GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, pp. 99-100.

2.1.1. La relación del dentista con el destinatario de su actuación

La relación entre dentista y paciente, persona natural que interactúa con el odontólogo y será objeto de un determinado procedimiento dental, tradicionalmente arrastra un cierto halo de asimetría, al tener habitualmente el paciente menos conocimientos sanitarios que el profesional sanitario.

Esta relación íntima, basada en la confianza mutua y entrelazada que conforma el paradigma de un auténtico sinalagma; en el sentido jurídico del término en la referencia que hiciera Rodríguez-Rosado al carácter de sinalagma genético y funcional que tiene el «synallagma»³⁴³, que surge del acuerdo de voluntades descrito, pero cuyas prestaciones comprometidas dependen recíprocamente del cumplimiento de la otra, respectivamente.

Este verdadero contrato, o negocio obligacional, además de una relación contractual de la que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes (y a veces, en conexión con otras relaciones que pueda establecer el deudor de la actividad dental para que el interés del acreedor sea satisfecho), tiene como corolario el instituto de la responsabilidad, en un marco normativo preestablecido que es múltiple (*ad intra* y *ad extra*) y multinivel; en un contexto muy concreto: «el mercado dental» actual.

Como ejemplo del marco normativo de esta relación, destaca la consideración como derecho fundamental del consentimiento informado, que alcanza protección máxima, al reconocerse como uno de los derechos humanos, que no siendo más que el lógico engranaje ético-deontológico (e incluso pedagógico) entre las partes del sinalagma, tiene un desarrollo normativo propio a todos los niveles del Estado. Tanto es así, que es la regla suprema del contrato de tratamiento dental, capaz de configurar su esencia, determinar con el carácter de la información *de tracto sucesivo*, pero también precontractual, el alcance, alternativas y riesgos de la prestación de hacer, de

³⁴³ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 11 y ss.

la actividad diligente inequívoca del deudor, interés del acreedor (causa *finalis*³⁴⁴).

Así, en la Medicina moderna, la base de la relación médico-paciente reside, precisamente, en el consentimiento informado, porque dicha relación está asentada “en términos de igualdad y se reconoce al paciente un ámbito de libertad y decisión sobre su propio cuerpo que sólo a él corresponde”³⁴⁵.

Como hemos visto, el consentimiento informado se trata de «un procedimiento médico formal, cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente», que implica explicar al consumidor en qué consiste el procedimiento concreto que se le va a realizar, sus efectos, riesgos y alternativas para que decida libremente si se somete o no a dicho procedimiento. De esta manera, el consentimiento informado no sólo ha pasado de ser una necesidad ética a una exigencia médico-legal, sino que a partir del mismo se construye una fuente de obligaciones, y por tanto de responsabilidades.

Como cualquier otra actividad médica, la Odontología persigue mejorar la salud de la persona natural, en concreto su salud bucodental; para así mejorar la salud general de la población. Pero la relación paciente-dentista “adquiere algunos matices, en ciertas circunstancias, que la diferencian de la mayor parte de las especialidades médicas”³⁴⁶.

Por eso, en este contrato tan especial por el objeto sobre el que recae, el consentimiento informado constituye una “especie «singular» del consentimiento” de los contratos³⁴⁷.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 29.

³⁴⁵ DE LORENZO, R., y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 34.

³⁴⁶ *Vid.*, ampliamente, GARCÍA BLÁZQUEZ, M., y CASTILLO CALVÍN, J. M., *Manual Práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos Jurídicos y Médico-forenses)*. 3ª Ed. Comares, Granada 2011, pp. 153-164.

³⁴⁷ *Ídem*.

Por otra parte, la incertidumbre o “factor de aleatoriedad”³⁴⁸ en el resultado va aparejada a la práctica sanitaria en cualquier ámbito³⁴⁹, por tanto, acompaña también a la práctica dental. Lo que explica la ausencia de un “derecho a la curación” en Odontología y porqué la obligación del dentista es «de medios» generalmente, y no de resultado, por más que la jurisprudencia se empeñe en identificar una obligación de resultado cuando así se desprenda del relato fáctico del caso en cuestión.

Como cualquier actividad sanitaria, la Odontología en ocasiones tiene como finalidad curar determinadas enfermedades bucodentales; es decir, actuar sobre personas enfermas. Pero en otras ocasiones, se trata de actuar sobre personas sanas.

El primer caso corresponde a la medicina asistencial, o curativa y en el segundo a la medicina voluntaria, satisfactiva o no necesaria. En el primer caso, quien recibe la asistencia será un paciente, mientras que, en el segundo caso, nos encontraremos ante un cliente³⁵⁰. Pero en ambos casos estaremos frente a un dentista que quiere hacer las cosas bien (imperativo categórico Kantiano de deber que contiene la «voluntad buena») hacia un paciente que, guiado por su buena fe, se convierte como usuario/consumidor en un acreedor de una prestación dental de hacer diligente y, por ende, insistimos, el derecho

³⁴⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios, Tecnos, Madrid, 1998, p. 139.

³⁴⁹ *Cfr.*, STS de 23 de septiembre (Sala de lo Contencioso, secc. 4ª; STS 4867/2010-ECLI:ES:TS:2010:4867 Id Cendoj: 28079130042010100468), FD 4º, párrafo. 2º.

³⁵⁰ *Cfr.*, SEIJAS QUINTANA, J. A., 2009, *op. cit.*, p. 10. Aclara el autor que mientras quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente, el que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria, como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja, en una suerte de distinción entre contrato de servicio y de obra. Sin embargo, en la medicina incluso satisfactiva, no necesariamente el cliente puede reclamar una obra en el sentido de obligación de prestación de un resultado, pues la incertidumbre del mismo es consustancial con la práctica de las profesiones sanitarias por el especialísimo objeto biológico sobre el que se actúa. La Jurisprudencia aclara que la exigibilidad de un resultado concreto únicamente es posible cuando el propio resultado se ha convertido voluntaria y expresamente en prestación comprometida por parte del profesional (“la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente”), o bien así se deduce claramente del relato fáctico de los hechos (*Vid.*, por todas, STS núm. 18/2015, de 3 de febrero de 2015 [Id Cendoj: 28079110012015100031]. Ponente, D. Antonio Seijas Quintana).

de consumidores y usuarios debería tener su lugar en esta actividad, pues cada vez más los pacientes y clientes actúan como consumidores.

Paralelamente³⁵¹, el sector dental tradicional está siendo permeable a las estrategias comerciales de las cadenas mercantilistas (franquicias o clínicas marquistas, como veremos más adelante) y los dentistas tradicionales no solamente se ven abocados ahora a establecer acciones de marketing y a ofertar servicios similares a aquellas; sino que los usuarios comienzan a percibir el mercado dental de forma cada vez más homogénea, actuando cada vez más como consumidores, por lo que sus hábitos de consumo también van homogeneizándose, por ejemplo en cuanto a las estrategias de financiación, o de reclamación a las clínicas tradicionales de los derechos que –como consumidores– les otorga el ordenamiento de consumidores y usuarios, con el consiguiente aumento generalizado de las reclamaciones por servicios bucodentales.

Los usuarios de los servicios sanitarios dentales cada vez más requieren financiación para sus tratamientos –en estos casos, los contratos de crédito vinculado– cuya finalidad únicamente es financiar un contrato relativo a la prestación de unos servicios determinados, por lo que quedarían sin causa si el contrato al que financian no se perfeccionara, o se incumpliera de algún modo. De hecho, la propia Ley de Contratos de Crédito al Consumo³⁵² (art. 29) contempla la «unidad» entre ambos contratos, el de crédito vinculado y al *contrato de consumo* conexo, por lo que el consumidor que contrata una financiación mediante crédito vinculado puede perfectamente ejercitar los derechos que le correspondan no sólo frente al proveedor de servicios dentales defectuosos o incumplidos, sino también contra el prestamista. (Para ello, antes debe reclamar, bien judicial o extrajudicialmente, contra el contratante incumplidor de su prestación de hacer; y, siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción a la que tuviera derecho, podrá resolver el contrato

³⁵¹ *Vid.*, nota núm. 13.

³⁵² *Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo*. (BOE núm. 151, de 25 de junio). La Ley regula específicamente este contrato de consumo; pero hay otros contratos conexos, los cuales constituyen objeto de especial atención en la doctrina, como tendremos la oportunidad de exponer detenidamente un poco más adelante.

con el prestamista y ser liberado de la obligación de pago del préstamo). Por tanto, la ineficacia del contrato de tratamiento odontológico determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el art. 23 de la Ley de contratos de crédito al consumo.

En la práctica, para que el consumidor pueda cancelar el préstamo o crédito vinculado al contrato de tratamiento odontológico, se tienen que dar dos condiciones:

1) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados, en todo o parte, o no sean conforme a lo pactado. Es decir, que el tratamiento previsto no se haya realizado en todo o en parte, o haya sido defectuoso.

2) Que previamente haya procedido a reclamar de forma fehaciente, pero sin éxito, el cumplimiento de lo pactado. Es decir, que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio aceptado en derecho, contra el proveedor de los servicios dentales y no haya obtenido la correspondiente satisfacción a su derecho.

Sólo cuando se den estas dos condiciones, el consumidor podrá reclamar contra el prestamista quien está obligado solidariamente con el prestador de bienes y servicios dentales (la clínica), por lo que, dadas estas dos circunstancias, el usuario podrá interrumpir el pago del préstamo e incluso, solicitar la devolución de lo pagado de más, si ello hubiera ocurrido (casos en los que se ha pagado un importe superior al tratamiento efectivamente realizado).

Nuestros tribunales entienden que existe una *vinculación* como “unidad comercial” que propugna el artículo 29.1 de la LCCC, entre la correcta prestación del servicio y el propio préstamo, desde un punto de vista objetivo. Vinculación que se refuerza por la prohibición que impone el artículo 14.1, de exigir al consumidor el pago si la financiación no es aprobada, o al artículo 14.1, y la «ineficacia sobrevenida del contrato principal -así, por razón de nulidad, desistimiento del consumidor, resolución de mutuo acuerdo o por

incumplimiento grave del vendedor- determina asimismo “la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación” (artículo 14.2 LCC)»³⁵³.

Hemos afirmado que la obligación del dentista es de medios, en general; lo cual tiene una consecuencia lógica: el dentista (como el médico) tiene responsabilidad subjetiva, basada en la culpa o en la negligencia, respondiendo por daños, en la medida que su conducta no haya sido diligente. Esta es la explicación de por qué nuestros tribunales hasta ahora huyen en sede de responsabilidad médica de una responsabilidad objetiva como la que propugna el artículo 128 del TRLDCU, el cual –a tenor de las interpretaciones jurisprudenciales– no sería aplicable en relación con los daños directamente imputables a actos médicos, de los dentistas o de cualquier otro profesional sanitario; sino que se aplica únicamente a los aspectos funcionales de los servicios sanitarios (esto es, a «los aspectos organizativos o de prestación» de dichos servicios, pero que no se admite en general, para fundamentar en ella una responsabilidad derivada de la actuación del dentista, o de otro personal sanitario)³⁵⁴.

³⁵³ *Cfr.*, SAP Madrid (Secc. 10ª), núm. 59/2019, de 31 de enero de 2019 (M 473/2019 - ECLI:ES:APM:2019:473. Id Cendoj: 28079370102019100010), que recuerda estos requisitos (FD 3º): “Partiéndose de la vinculación del contrato de financiación al tratamiento odontológico, y acreditado [...] el incumplimiento de la proveedora del servicio financiado, la cual no ha prestado los servicios odontológicos previstos en el presupuesto ofrecido a la demandante, ello necesariamente ha de repercutir en el contrato de financiación, máxime cuando la financiación tuvo lugar a través de la propia Clínica”. Con cita de la SAP de Barcelona de 27 de marzo de 2018, citada en la SAP de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2018, rec. 448/2018 (Secc 9ª), que examina la «(v)inculación entre el contrato de financiación a cuyo amparo se demanda y el contrato de prestación de servicios dentales» concertado por la demandada con una tercera entidad, donde la demandante actuaba como consumidora «por tratarse de servicios de odontología prestados de forma particular a una persona física, y por tanto ajenos a toda actividad empresarial ni profesional, [...] a tenor de lo previsto en el artículo 3 del texto refundido de la LGDCU, [...] dado que el préstamo otorgado [...] estaba funcionalmente vinculado con aquella prestación de servicios realizada en el ámbito de consumo, es evidente que en esa financiación la prestataria también gozaba de la cualidad de consumidora, en este caso de crédito». Aquella sentencia incidía especialmente en “la vinculación funcional que debe predicarse entre el préstamo de financiación y la prestación de los servicios médicos, no ya solo porque tal interdependencia resulta con nitidez del tenor literal del contrato [...], sino también porque consta que el capital del préstamo fue abonado directamente por el financiador a la entidad que dispensaría el tratamiento dental”, que permite «incardinar aquel entramado contractual en la órbita de los contratos vinculados de consumo».

³⁵⁴ *Cfr.*, STS 567/2010, (Sala 1) de 22 de septiembre (Roj: STS 4716/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4716, Id Cendoj: 28079110012010100548). FD 8, párrafo 3º, con cita de SSTs de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio y 20 de noviembre 2009; 3 de marzo 2010.

El acceso a esta protección de consumidores y usuarios, lo tiene vedado en la práctica el consumidor, pues queda restringido prácticamente sólo para determinados aspectos de funcionamiento defectuoso y organización de los servicios sanitarios³⁵⁵. Paradójicamente sí lo tiene frente a los créditos vinculados que hemos descrito. Resulta incoherente que para desembarazarse del pago de un crédito al consumo vinculado a un contrato (de tratamiento odontológico), haya que buscar legalmente una previa ineficacia del contrato que se vincula aquél, por mor del artículo 26 de la misma ley, y que a tal contrato de tratamiento odontológico, por muy especial o atípico que sea, le estuviera vedada su catalogación como «contrato de consumo»³⁵⁶.

No se puede olvidar que el ámbito subjetivo del TRLGDCU establecido en sus artículos 2 y 3, ampara al destinatario de estos *servicios* como «noción amplia» de consumidor cuando dice “son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” (o lo que es lo mismo, cuando el destino de esos servicios sea, precisamente, su ámbito personal y familiar).

2.1.2. El modelo tradicional de atención odontológica en España

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre³⁵⁷ define las clínicas dentales como “centros sanitarios en los que se realizan actividades sanitarias en el ámbito de la salud bucodental”. Como centro sanitario, la clínica dental puede estar dotada de varias unidades. Entre ellas, la unidad asistencial de Odontología/estomatología, a la que se refiere como aquella “en la que un odontólogo o estomatólogo es responsable de realizar actividades profesionales encaminadas a la promoción de la salud bucodental, llevando a

³⁵⁵ *Vid.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 395-408.

³⁵⁶ *Cfr.*, SSAP Vigo, de 23 de abril de 2021 (Roj: SAP PO 892/2021), Melilla, de 15 de marzo de 2021 (Roj: SAP ML 46/2021), Madrid, de 26 de enero de 2021 (Roj: SAP M 502/2021), Valencia, de 18 de enero de 2021 (ROJ: SAP V 110/2021), de 11 de enero (Roj: SAP V 830/2020) y de 23 de diciembre (Roj: SAP V 4626/2020); por citar las más recientes.

³⁵⁷ *Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.* (BOE núm. 254, de 23 de octubre).

cabo la prevención, diagnóstico y tratamiento de las anomalías y enfermedades de los dientes, la boca, los maxilares y los tejidos anejos en el individuo y en la comunidad, así como la prescripción de Medicamentos, prótesis y productos sanitarios en el ámbito de su ejercicio profesional”. Debido a que «la cartera de servicios» del Sistema Nacional de Salud, (en adelante, «SNS») excluía sistemáticamente cualquier tratamiento restaurador dental, el panorama odontoestomatológico español se ha complementado siempre el SNS, mediante el «sector privado».

Esta era la situación hasta el último decenio del siglo XX, cuando se comenzaron a implantar por parte de las CCAA una serie de programas preventivos de salud bucodental, que incluían tratamientos conservadores y que estaban dirigidos a escolares y mujeres embarazadas, como grupos diana³⁵⁸. Cabe reseñar que existen Programas de salud bucodental infantil públicos desde mediados de los años ochenta³⁵⁹ en casi todas las CCAA, y, actualmente, el Sistema de Asistencia dental infantil está implantado en todo el territorio nacional, pero con inequidades territoriales y resultados distintos de una Comunidad Autónoma a otra, y de unos grupos sociales más desfavorecidos a otros³⁶⁰. Por lo tanto, tradicionalmente, la asistencia dental ha sido prestada por el sector privado fundamentalmente y, continúa en la

³⁵⁸ N.B. En cuanto a los resultados y servicios sanitarios disponibles para la población, el panorama dental español ha sido objeto de múltiples investigaciones que escapan al objetivo de este estudio, entre los estudios más interesantes, *Vid.*, LLODRA CALVO, J. C., “Encuesta de salud oral en España 2010”, *RCOE* 2012, 17, pp. 13-41; BRAVO PÉREZ, M., LLODRA CALVO, J. C., CORTÉS MARTINICORENA, F. J., y CASALS PEIDRÓ, E., “Encuesta de salud oral de preescolares en España” 2007, *RCOE* 2007, 12, pp. 143-168; CORTÉS MARTINICORENA, F. J., CERVIÑO FERRADANES, S., y CASALS PEIDRÓ, E., “Servicios públicos de salud bucodental en Legislación y cartera de servicios en las CCAA”, Barcelona: *SESPO*, 2005. Disponible en: http://www.infomed.es/sespo/libro_legislacion.pdf; CORTÉS MARTINICORENA, F. J., “El sistema PADI. Estudio de las comunidades autónomas que proveen atención dental con este modelo en España”, *RCOE: Revista del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, 2016, Vol. 21(4), pp. 191-199.

³⁵⁹ LLENA PUY, C., BLANCO GONZÁLEZ, J. M., LLAMAS ORTUÑO, M. E., *et al.*, “La atención bucodental en comunidades autónomas con modelos público o mixto en España”, *RCOE*. 2018; 23 (1), pp. 246-254.

³⁶⁰ *Cfr.*, SAN MARTÍN GALINDO, L., “Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad” y RIBAS, D., CASTAÑO, A., y GONZÁLEZ SANZ, A. *20 años de salud pública oral* en Fundación Dental Española, Madrid, 2001. *Cit.* por CASTAÑO SÉIQUER, A., RIBAS PÉREZ, A., y SAN MARTÍN GALINDO, L., “Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad” En *Estudio y análisis de la equidad en salud. Una visión en salud oral*, Ed. Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM), Madrid, 2013, 148 pp.

actualidad. Bien como ejercicio de una profesión liberal y últimamente, con algunas variantes (entre ellas, una anomalía, fruto de la prestación dental infantil (PADI): el profesional privado-concertado, que podría encajar en la figura que Yzquierdo Tolsada define como “particular, ejercitando en nombre propio una función pública, no actúa como órgano estatal, sino como un medio indirecto a través del cual el Estado logra sus propósitos”³⁶¹).

De Lorenzo y Bascones³⁶² identificaron cuatro tipos de ejercicio profesional en España: el ejercicio «individual e independiente», en el que el dentista se organiza con libertad, sin relación de dependencia con ninguna entidad u otro profesional (que podemos denominar como ejercicio tradicional); el «colectivo e independiente» que veremos más adelante (donde el dentista es titular o cotitular de un ejercicio colectivo, societario o asociativo; o bien ejerce de forma independiente concertando sus servicios con un centro sanitario mediante una suerte de contrato mercantil); el ejercicio «privado dependiente» (con vinculación laboral con un centro sanitario), francamente minoritario hasta hace unos años; y el ejercicio «público y dependiente» (cuya vinculación será estatutaria o funcionarial o empleado público)³⁶³. En ambos casos, la relación con dicho dentista será de naturaleza extracontractual, puesto que no hay contrato que vincule al usuario con el facultativo que realiza la prestación; si bien, en caso de demandar tanto al dentista como al Servicio Público de Salud, la jurisdicción sería la Contencioso-Administrativa, por responsabilidad patrimonial; o bien, alternativamente, podría elegir acudir a la jurisdicción Civil, ejercitando únicamente una acción de responsabilidad extracontractual contra el dentista

³⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Teoría General, Reus S.A., Madrid, 1989, p. 108.

³⁶² DE LORENZO, R., y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 36.

³⁶³ *N.B.* Este último modelo está en franca decadencia por la actual tasa de reposición “cero”; en la que cada vez hay menos profesionales para más usuarios, los cuales también cada vez más reclaman vía administrativa, pudiendo generar responsabilidad patrimonial de la Administración); que sin embargo, ha generado en la actualidad una modalidad nueva de asistencia sanitaria dental, Programa de Asistencia Dental Infantil (PADI), por la que el beneficiario de la asistencia pública dental infantil —prácticamente en todas las CCAA—, tiene la opción de elegir un dentista del SNS (Centro de Salud u Hospital Público); o bien, elegir un dentista privado concertado. Dentro de este sistema PADI, en el primer caso, la responsabilidad será patrimonial de la Administración y la relación con el dentista será extracontractual.

privado-concertado (generando con ello un conflicto de competencia), siempre y cuando el daño tenga origen en la actividad privada concertada y no en la actividad privada no concertada –v. gr., la Ortodoncia, que está expresamente excluida de la cartera de servicios del SNS, fuera de supuestos especiales muy concretos: labio leporino y alteraciones severas craneomandibulares, que en todo caso, “deben ser atendidos por el Sistema Público de Salud”, en el caso de Andalucía, por ejemplo–, que pudiera brindarle este último; en cuyo caso estaríamos hablando de ejercicio privado independiente. Por lo tanto, si el usuario escoge para la asistencia un dentista «privado-concertado³⁶⁴», se abren una serie de posibilidades diferentes en cuanto a las vías jurisdiccionales por las cuales reclamar un eventual daño: podrá escoger el perjudicado entre la jurisdicción Contencioso-administrativa, la Civil (ejercitando bien una acción de responsabilidad contractual, o extracontractual, o bien, la que le brinda de protección del consumidor del del TRLDCU, a través de su art. 148; e incluso la *acción directa* frente a cualquiera de las aseguradoras de Responsabilidad civil); cuando no Penal, si hubiera tipicidad.

Este panorama ha influido en el tipo de «ejercicio privado» actual individual e independiente, ocasionando que la asistencia dental ya no sea tan simple como hace años: en estos casos de ejercicio totalmente privado de la Odontología –en su generalidad y fuera de los casos cubiertos por la sanidad pública–, el paciente acude normalmente a un dentista de confianza (no ya, como sostenía hace años Sánchez Gómez, en “la relación «tradicional» que se origina en el ámbito privado entre médico y paciente, por cuanto, en virtud de ella aquél lleva a cabo su prestación de forma individual e independiente, en consonancia con las notas características de toda profesión liberal”³⁶⁵– que también–, sino que ahora, el dentista le brinda toda una “pirámide asistencial”

³⁶⁴ *N.B.* Sobre la naturaleza del contrato entre la administración y el dentista privado concertado, debemos acercarnos a la legislación de Contratos del Sector Público (LCSP), y a su expresa elusión en determinada normativa autonómica ya reseñada. Lo cierto es que, si el dentista concertado realiza actividades propias de la función pública, entendemos que podría ser tramitado el expediente de responsabilidad a través de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin mucha dificultad. Lo que ocurre es que, habiendo un seguro o aval suscrito por el titular del centro sanitario, son muchas otras las posibilidades que se abren al perjudicado por el daño ocurrido a consecuencia de la prestación cubierta por la Cartera de servicios del Servicio Público de Salud.

³⁶⁵ *Cfr.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, p. 289.

al usuario, de la que forman parte no sólo él mismo, de forma individual e independiente, sino otros profesionales también independientes, individuales o colectivos; o bien dependientes, y en la que sobre el paciente/cliente/consumidor que consiente ser intervenido, opera no sólo el dentista de confianza, sino que se da cabida a la actuación tanto de operadores dependientes como independientes de éste, con obligaciones y niveles de responsabilidad no muy bien estudiados).

Podemos estar de acuerdo con el punto de vista de Sánchez Abeja, acerca de que “no sería correcto arrinconar totalmente el clásico de servicios médicos, que también va a estar presente aunque revestido de cierta complejidad”; si bien ella lo relaciona cuando el contrato con el dentista coexiste con el de servicios hospitalarios, porque siempre habrá relación clásica dentista usuario, no exenta de complejidad debido al “escenario amplio y complejo de la asistencia sanitaria”³⁶⁶ (referido a la asistencia privada en el marco hospitalario, que no dista mucho del escenario que describimos nosotros acerca de la asistencia privada en el marco de las clínicas dentales, pues ambos escenarios son el mismo: legalmente un hospital y una clínica dental, no dejan de ser “centros sanitarios” y, en el caso concreto que nos ocupa, también en las clínicas dentales existen innumerables contratos conexos, además de relaciones que implican participación de diferentes profesionales, unas veces dependientes y otras, independientes del dentista).

2.1.3. Los nuevos modelos. Franquicias y macro-clínicas dentales

Este panorama ha dado origen a nuevos modelos en la prestación de servicios sanitarios bucodentales, en los que el sector privado sigue siendo líder (recordemos que el 77% de los españoles acudió en 2020 a una clínica privada-tradicional, frente al 9% que acudió a una clínica “marquista” o un 11%, a una clínica “de aseguradora”)³⁶⁷.

³⁶⁶ *Ídem*.

³⁶⁷ LLODRA CALVO, J. C., (Coord.), 2020, *op. cit.*, p. 28.

Las franquicias dentales suelen actuar con una mecánica de trabajo peculiar, solicitando el pago por adelantado al paciente, quien con gran frecuencia acude a la financiación del tratamiento dental, a través de un contrato conexo de crédito al consumo, o crédito vinculado al contrato de tratamiento odontológico. En estas condiciones, el «ejercicio privado dependiente» es un modelo que goza de gran vigencia, en las que el usuario celebra un contrato con el centro sanitario.

La STS núm. 98/2021, de 17 de febrero³⁶⁸ desvincula la responsabilidad del franquiciador frente a incumplimientos contractuales del franquiciado, desestimando el recurso de casación interpuesto por un cliente por incumplimiento contractual, por un daño dimanante del contrato entre éste y la clínica, sobre la base de que tal incumplimiento no puede ser resarcido solidariamente por el franquiciador “cuando el daño es consecuencia del incumplimiento del contrato celebrado entre el franquiciado y el cliente para la prestación de servicios de odontología” (FD 3º).

La Sentencia alude al contenido de contrato de franquicia, descrito en el artículo 2.1 del RD 20/2010, de 26 de febrero (“el contenido esencial del contrato es la cesión al franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera, del derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende por lo menos: a) el uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectualo industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato; b) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y c) la prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente”. Para a continuación, aclarar que, en este caso concreto, “el daño se deriva de la no finalización del tratamiento odontológico contratado

³⁶⁸ STS núm. 98/2021, de 17 de febrero (Roj: STS 634/2021 - ECLI:ES:TS:2021:634)

por el cliente con el franquiciado y pagado en su totalidad por adelantado”; pero esta conducta del franquiciado causante del daño a su cliente, “no permite hacer responsable al franquiciador, puesto que la misma escapa al ámbito de su actuación en el contrato de franquicia celebrado por las partes”: no es consecuencia de las directrices e instrucciones, ni que “las facultades de supervisión del franquiciador previstas en el contrato pueden impedir que un franquiciado deje inconcluso el tratamiento contratado por un cliente, ni que el franquiciado cese en su actividad por entrar en un estado de insolvencia”.

Al tratarse de un ejercicio privado dependiente, lógicamente, ante un incumplimiento contractual, el cliente actúa (debería actuar) contra el establecimiento con quien contrató, aunque a veces lo hace también contra el franquiciador, como en el caso expuesto, por la mayor solvencia de éste. En otros casos, el acreedor que ha sufrido un daño a consecuencia del tratamiento dental, actuará, como veremos, contra el profesional productor inmediato del daño, buscando el amparo del Seguro obligatorio de responsabilidad civil de éste.

Tena Piazuelo, en su comentario a la STS 634/2021, de 23 de febrero³⁶⁹, hace mención a las frecuentes reclamaciones “determinadas por ciertos incumplimientos contractuales por parte de las empresas franquiciadas de prestaciones odontológicas”. En ellas se plantean a menudo “dos problemas paralelos: la resolución de los contratos, por las circunstancias que habían determinado el incumplimiento de las prestaciones pactadas, y la responsabilidad con terceros (entidades de crédito) por la financiación” del pago de la prestación del acreedor del contrato principal³⁷⁰. “A partir de la realidad del contrato celebrado entre la clínica dental demandada y el cliente (en donde no parece haber indicio alguno de que el franquiciador asuma o comparta solidariamente obligaciones ni expresamente, ni con carácter tácito), el Tribunal va analizando distintos aspectos que permiten valorar la gestión independiente entre las empresas (*cfr.* Fº Dº tercero, 8.- a 11.-). Y que, en

³⁶⁹ STS 634/2021, de 23 de febrero (Roj: STS 634/2021 - ECLI:ES:TS:2021:634), ya referenciada en el apartado 1.4.

³⁷⁰ *Cfr.*, TENA PIAZUELO, I., 2021, *op. cit.*, pp. 185-204.

último término, llevan a concluir que solamente la clínica es responsable frente a su paciente”³⁷¹.

En las macro-clínicas, o franquicias, el ejercicio profesional se ha demostrado que es mucho más peligroso para el dentista, quien se ve “atrapado” en una estructura organizativa, y en la que la mayoría de las veces no elige calidades, ni controla la secuencia del tratamiento, y muchas veces se ve obligado a trabajar de forma acelerada, con la evidente repercusión en la calidad de su trabajo y, por consiguiente, expuesto a reclamaciones con mayor frecuencia, como veremos más adelante. Sea como fuere, las reclamaciones en las que se ve involucrada una clínica mercantilista, o cadena franquiciada, o franquicia, “son mucho más numerosas que las que involucran a una clínica privada tradicional; habiéndose convertido esta modalidad de asistencia dental en un «verdadero peligro» no ya para el paciente, sino, sobre todo, para el dentista”³⁷².

No se trata de un problema local español, puesto que se observa en otros países: por ejemplo, en un estudio recientemente publicado, realizado en Gran Bretaña entre 2013 y 2014, se constató que los pacientes que acudían a clínicas dentales propiedad de sociedades limitadas, incluidas grandes organizaciones, tuvieron peores experiencias de cuidado dental que otros pacientes. Cowlin *et al.*, estiman que las clínicas tradicionales, en las que los propietarios (dentistas generalistas, principalmente) también proporcionan servicios clínicos, pueden ser más receptivas a las necesidades del paciente que las clínicas con una estructura mayor de propiedad corporativa³⁷³.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 203.

³⁷² *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., “Dentistas en el banquillo: el papel de la Mediación Penal”, *Gaceta Dental*, 2018, núm. 301, pp. 164-174. *Vid.*, nota núm. 9.

³⁷³ COWLING, T.E., LAVERTY, A.A., HARRIS, M. J., WATT, H.C., y MAJEED, A., “Contract and ownership type of general practices and patient experience in England: multilevel analysis of a national cross-sectional survey”, *J. Royal Society of Medicine*, 2017, Vol. 110(11), pp. 440-451.

Paralelamente, aunque el ejercicio sea privado, la dependencia del dentista con el centro en el que se trata al usuario hace nacer diferentes tipos de responsabilidad, como veremos en el capítulo siguiente.

Ya lo advertía Sánchez Gómez: “si la prestación individual enmarcada en el tradicional contrato de servicios médicos se amplía desde distintos puntos de vista, será preciso delimitar, no sólo las relaciones que pueden originarse entre el médico, paciente y clínica, sino también la responsabilidad que surja en este ámbito.”³⁷⁴. Porque de esas concretas relaciones, surgen obligaciones que, de ser incumplidas, generarán responsabilidad, si existiera título de imputación.

Hay que aclarar, en cuanto a los denominados seguros sanitarios, que, a tenor de lo dispuesto en la sección cuarta (“seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria”) del título tercero de la Ley de Contrato de Seguro³⁷⁵ (en adelante, LCS, se regulan ex artículo 105 LCS las dos modalidades de seguros de salud que existen; siendo pacífica la doctrina al respecto³⁷⁶: por una parte, el seguro de enfermedad, que asegura el riesgo de enfermar (y el asegurador se obliga, dentro de los límites de la póliza, a reembolsar al asegurado las cuantías por éste abonadas en función de límite y franquicia concertada) y por otra, el seguro de asistencia sanitaria³⁷⁷ (“si el asegurador asume directamente

³⁷⁴ Cfr., SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op., cit.*, p. 290.

³⁷⁵ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. (BOE núm. 250, de 17 de octubre).

³⁷⁶ Cfr., MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J. y SOLÉ FELIU, J., “Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas”, *Cuad. Sección española de la Asoc. Int. de Seguros (SEAIDA)*, núm. 4 noviembre 2006; MARTÍN CASALS, M., “Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas”, *Rev. Esp. de Seguros, RES*, 18, 2006, pp. 803 y ss.; y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *Cuestiones controvertidas en materia de derecho de seguros*, Dykinson, 2019, pp. 271-276, en esta última referencia, el autor hace un comentario a la STS de 20 de enero de 2017, ya mencionada en el cuerpo de este trabajo, en la que el Magistrado Ponente, Seijas Quintana, deslinda ambas figuras, con base en el artículo 105 LCS; resaltando la importancia de la interpretación correcta del contrato correspondiente, en relación tanto en lo que atañe al plazo de prescripción de la responsabilidad, como a la pertinencia de la aplicación en la condena de los intereses del artículo 20 LCS, como se entendió en esta resolución (STS de 20 de enero de 2017; Id Cendoj: 28079110012017100050), que estima el recurso de casación del perjudicado por la actuación médica y se condena a la aseguradora “al pago de los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS”.

³⁷⁷ Cfr., PÉREZ CONESA, C., Responsabilidad civil de la compañía de seguros por daños causados al asegurado por facultativos de su cuadro médico en el seguro de asistencia sanitaria, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 115, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor,

la de los servicios médicos y quirúrgicos”, tal y como establece dicho artículo de forma textual), por el que el asegurado puede acudir a los servicios de cualquier facultativo o centro que desee, dentro de los concertados por la aseguradora, en éste, el asegurador, “dentro de las condiciones y límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”, presta y asume directamente el servicio con los profesionales de su cuadro médico y clínicas (concertadas por el asegurador, o bien de su titularidad) a las que el asegurado necesariamente debe acudir, sin que pueda optar por otros diferentes al cuadro médico establecido y las clínicas concertadas. De este artículo 105 LCS, según Pérez Conesa, “cabe inferir la diferencia entre ambos tipos de contratos de seguro³⁷⁸ y, por lo tanto, de la especial configuración de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, cuando la relación del consumidor se establece con el centro sanitario –es decir, se contratan una serie de prestaciones con la clínica dental–, entonces, la relación usuario-clínica es contractual y, en ese caso, la relación del usuario con el dentista sería extracontractual –o no, evidentemente, dependiendo de la configuración de la relación del dentista con el centro sanitario, porque si el dentista fuera un profesional dependiente de la clínica, la relación de este sería contractual con el cliente–. De igual manera

Pamplona, 2021, pp. 1044 y ss., «... el seguro de asistencia sanitaria implica un contrato en el que el asegurador asume la obligación frente al asegurado de prestar los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que éste requiera y hayan sido objeto de la póliza.». La compañía aseguradora no se limita a elegir y poner a disposición de los asegurados un cuadro médico: «se obliga [...] a que, efectivamente, el asegurado-paciente, sea tratado, asumiendo la prestación sanitaria a través de los profesionales del cuadro médico ofrecido, por lo que responde de los daños que se le causen por esos profesionales.». Cita jurisprudencia del TS (STS núm. 1242/2007, 4 diciembre 2007) que remite al artículo 1093.I y IV CC. Más recientemente (p. 1053), la STS núm. 64/2018 6 de febrero 2018) considera los centros o profesionales del cuadro médico de la aseguradora que han actuado negligentemente como «auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en los que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela...».

³⁷⁸ PÉREZ CONESA, C., “Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico”, *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10, 2018, pp. 25-48. En el «seguro de enfermedad», “el asegurado elige al facultativo y/o centro hospitalario o clínico que prestan el servicio sanitario requerido, adelantando el pago del mismo, cuya restitución podrá reclamar posteriormente a la compañía aseguradora dentro de los límites de la póliza. Por tanto, la asistencia sanitaria es prestada por un profesional o centro ajeno a la aseguradora, en tal caso, la obligación de ésta se ciñe a reembolsar los gastos médicos previamente abonados por el asegurado en las condiciones contratadas. El «seguro de asistencia sanitaria», en cambio, implica un contrato en el que el asegurador asume la obligación frente al asegurado de prestar los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que éste requiera. Para ello, le ofrece un cuadro de facultativos y centros hospitalarios o clínicos entre lo que puede elegir el asegurado para recibir asistencia médica, correspondiendo al asegurador el pago de tales servicios sanitarios directamente a los profesionales y centros de dicho cuadro médico”.

que cuando el consumidor acude a la clínica dental de la mano de un seguro «de asistencia sanitaria», en el que la aseguradora dispone de un cuadro médico y/o un listado de clínicas dentales entre los que elegir, la relación con la aseguradora sería, generalmente contractual; mientras que la relación con el centro sanitario concreto—y con los profesionales que le atiendan—, sería extracontractual.

Aunque, indefectiblemente, habrá que ir al caso concreto, pues en el seguro de enfermedad, la relación aseguradora-profesional y clínicas será generalmente contractual, así como la relación asegurado-profesional (dentista) también será contractual, pero la relación asegurado-aseguradora sería extracontractual, en el segundo caso —seguro de asistencia sanitaria—, la relación aseguradora-asegurado sería contractual y sin embargo, la del asegurado con el profesional (dentista) del cuadro médico sería extracontractual. En efecto, Pérez Conesa, considera que “(p)or regla general, el asegurado de asistencia sanitaria, víctima de un daño por negligencia de facultativo integrado en el cuadro médico de la aseguradora, demanda tanto a ésta como al propio facultativo en un mismo procedimiento judicial: reclama a la compañía de seguros, ejerciendo la acción de responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC) y de responsabilidad extracontractual solidaria por hecho ajeno (art. 1903.4 CC); reclama al facultativo que causó el daño por su actuación negligente, ejercitando la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC)”³⁷⁹.

En definitiva, Si el daño lo provoca un profesional propio y dependiente de la aseguradora, ésta respondería por responsabilidad contractual del artículo 105 LCS, o bien por el artículo 1101, en relación con el 1104 CC y con la moderación que impone el artículo 1103 CC. En este caso, Monterroso afirma que “(l)a posición mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia, a

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 1056. Cita la STS núm. 669/2010, de 4 noviembre, que confirma que la responsabilidad contractual de la aseguradora no impide la responsabilidad solidaria del facultativo frente al asegurado.

partir de la STS de 2 de noviembre de 1999³⁸⁰, es partidaria de apreciar la existencia de una relación de dependencia entre la entidad y el médico”³⁸¹.

Si, por otra parte, el dentista fuera independiente, pero perteneciera al cuadro de la aseguradora médica, estaríamos también, en mi opinión, ante una «culpa contractual» *in eligendo* de la aseguradora; aunque en ocasiones, se admite la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC (párr., 4º), exigible frente a la aseguradora, por daños causados por su dependiente; sin perjuicio del posterior derecho de repetición contra el dentista que cause el daño *ex artículo* 1904 CC.

Finalmente, cuando el paciente acude a un «centro concertado» con el Servicio Público de Salud, donde se delegue el ejercicio de una prestación pública dental, se establecen también diferentes relaciones entre el consumidor y el profesional y por lo tanto, diferentes posibilidades de ejercicio de acciones de responsabilidad que unas veces serán civiles (contractuales o extracontractuales, según el caso) entre el consumidor y el profesional, o el centro sanitario, y otras veces, de responsabilidad patrimonial de la administración, vía Contencioso-Administrativa, y las menos, acciones especiales de derecho de consumidores y usuarios; como veremos más detenidamente en el capítulo siguiente.

2.1.4. Consecuencias de la interacción del mercado con dentistas y usuarios

En la actualidad³⁸², las clínicas dentales tradicionales han debido reordenar su estrategia comercial ante la competencia que representan las clínicas dentales franquiciadas o de ejercicio colectivo. No solo hay un sector

³⁸⁰ STS núm. 922/1999, de 2 de noviembre (Roj: STS 6854/1999 - ECLI:ES:TS:1999:6854; Id Cendoj: 28079110011999101812).

³⁸¹ MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo”, *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, Vol. 95, núm. 771, p. 473. Añade la autora que la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina «entiende que la aseguradora asume la prestación sanitaria, aunque delegue su deber de prestación a un tercero, debiendo garantizar no solo que se lleve a cabo la prestación del servicio sino la calidad del mismo».

³⁸² *Vid.*, notas núm. 9 y 13.

de la población que elige estas últimas, sino que aquellas se han adaptado a la nueva situación, modificando las estrategias de marketing y la oferta de servicios, añadiendo servicios externos de “especialidades”³⁸³.

Este panorama ha ocasionado un cambio en el cliente/paciente que ahora se ha convertido en un consumidor de asistencia dental. Pero también ha ocasionado una cada vez mayor presencia social de cadenas marquistas y franquicias, como hemos expuesto, lo que influye no solo en la calidad de los tratamientos (prestación de hacer, que incluye resultados instrumentales para hacerla posible), sino en una mayor exigencia de responsabilidad en el ámbito de la Odontología, como veremos en el capítulo siguiente, acaparando desde hace unos años la mayoría de las reclamaciones de los pacientes de clínicas dentales³⁸⁴ y que pese a que entre 2015 y 2020, sólo representaban el 4% de clínicas dentales en nuestro país, dichas clínicas marquistas acumularon en 2017, el 48.6% del total de las quejas registradas en los Colegios Oficiales de Dentistas. Lo que quiere decir que “en proporción al número de centros, por cada reclamación recibida por una clínica privada, una franquicia o clínica

³⁸³ Cfr., LIZARRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 81-82. “Actualmente, en la Odontología se reconocen *siete* «especialidades», denominadas por algunos «habilidades»”: Odontología general, Endodoncia, Ortodoncia, «Prostodoncia», Odontopediatría, Periodoncia, Patología oral y maxilofacial”. Aunque “para el sector existen otras como Salud Pública Odontológica, Odontología Estética, Odontología Preventiva, Rehabilitación Oral, Odontología Forense, Cariología, Odontología Perinatal, Gnatología, Odontología Ocupacional u Odontología Deportiva que también debieran considerarse”. Lo cierto, es que no cita fuentes, y, además, incluye algunos errores propios del conocimiento poco profundo de la profesión. En primer lugar, no hemos podido localizar doctrina alguna que se refiera a las especialidades dentales como “habilidades”. En segundo lugar, la descripción de alguna de ellas es inexacta, por ejemplo, la que hace sobre la endodoncia que manifiesta un cierto desconocimiento de la terminología, alcance y características de dicha especialidad. En tercer lugar, utiliza palabras que no existen en nuestro idioma, como «Prostodoncia», que se trata de un anglicismo muy introducido conscientemente por algunos “estomatologistas”, evitando referirse a la especialidad de Prótesis dental, que es como se denomina realmente: «Prótesis» (<https://dle.rae.es/>), en su segunda acepción, se define como “Procedimiento mediante el cual se coloca o implanta una prótesis”. En defensa del autor, pensamos, ha recogido de alguna mala traducción esta terminología. Muy acertadamente, dice más adelante: “(e)l Consejo General de Dentistas, las Sociedades Científicas y las Universidades han unido sus fuerzas para solicitar a los Ministerios de Educación y Sanidad la creación de las especialidades oficiales en Odontología en España.”. Finalmente, el propio autor aporta un Anexo (pp. 523-568), en el que realiza una ingente tarea recopilando y clasificando diferentes resoluciones judiciales recaídas sobre unas –mutadas y menguadas ahora –cinco «habilidades/especialidades»; en concreto, las inexistentes Odontología General, Implantología, Ortodoncia, Prótesis dentales, y Periodoncia. (*Vid.*, nota núm. 30).

³⁸⁴ PEREA PÉREZ, B., VEGA DEL BARRIO, J. M., LABAJO GONZÁLEZ E., *et al.*, 2005, *op. cit.*, pp. 187-192.

marquista recibe 25”³⁸⁵ y no son extrañas las reclamaciones dentales presentadas sobre la base de falta de información o de consentimiento informado (una gran mayoría de las reclamaciones por mala praxis se refieren a la ausencia de consentimiento informado), aunque a veces la existencia de información suple la ausencia del documento de consentimiento informado³⁸⁶.

En este panorama, el dentista tradicional (con ejercicio individual e independiente), comienza a modificar también su propia actividad, por exigencia del mercado, en el que el paciente/cliente/consumidor demanda cada vez más la intervención de “*especialistas*” externos que los atienden en la propia clínica de la que son pacientes. Estos especialistas (colaboradores independientes, la mayoría de las veces) configuran un elemento independiente en el seno de la relación piramidal que actualmente existe entre el paciente y el dentista, dando cabida en ella a otros profesionales.

Debido a la convivencia entre modelos, el modelo tradicional se está viendo modificado progresivamente en cuanto a estrategias de marketing y formas de trabajo, por lo que es de prever un repunte de reclamaciones de usuarios³⁸⁷.

De la misma forma que De Lorenzo y Bascones³⁸⁸ identificaron cuatro modelos de ejercicio profesional del dentista, Sánchez Gómez identificó además de la tradicional (ejercicio privado independiente), las relacionadas con el ejercicio en el ámbito de las clínicas, el ejercicio de forma dependiente en el sector público (en cuyo estudio no entró, al tratarse de un análisis civil del contrato, y que tampoco es nuestro objetivo, puesto que es mínima la presencia de los odontólogos en el SNS; y ya hemos visto que se ha recurrido a la figura de dentista privado concertado (que, afinando, se trataría de un

³⁸⁵ CGCDE, Nota de Prensa, 2017, *op. cit.*

³⁸⁶ LÓPEZ-NICOLÁS, M., FALCÓN, M., PEREZ-CARCELES, M. D., *et al.* “Informed consent in dental malpractice claims. A retrospective study”, *Int Dent J.*, 2007, Jun,57(3), pp. 168-72.

³⁸⁷ PEREA PÉREZ, B., VEGA DEL BARRIO, J. M., LABAJO GONZÁLEZ E., *et al.*, “Estudio sobre el aumento de las reclamaciones de pacientes odontológicos y su relación con el cambio de modelo asistencial”, *Cient Dent.*, 2005, 2 (3), p. 187.

³⁸⁸ DE LORENZO, R. y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 36.

profesional *privado* ejerciendo *función pública*, por lo que entraría su responsabilidad en el ámbito Contencioso-Administrativo); estudiando otros dos tipos de práctica médica privada diferentes de la tradicional: el ejercicio de forma colectiva e independiente y el ejercicio de forma dependiente en el sector privado³⁸⁹.

Estos tipos de relaciones privadas, vistas desde la parte subjetiva que tiene la obligación de actividad, y que hemos agotado en páginas precedentes son de extraordinaria importancia y deben quedar claramente su distinción.

El estudio pormenorizado de las relaciones societarias, entre los sujetos partícipes del ejercicio de forma colectiva e independiente entrañaría una enorme complejidad, que habría que estudiar desde múltiples perspectivas (alguna de las cuales, ya hemos apuntado, y a las que nos remitimos). No digamos, si interviene, como hemos explicado, una compañía de seguro sanitario (con sus diferentes modalidades en cuanto a la elección del facultativo por parte del usuario) y las complejas construcciones procesales que pueden armarse en relación a procesos de responsabilidad, dependiendo del caso concreto.

2.2. El contrato

La relación tradicional del dentista con el paciente, en un contexto donde conviven, por un lado, el mercado, los consumidores y el Derecho, y por otro, un Estado cuya Constitución da entrada a derechos de nueva generación, a escala multinivel, con garantías que vienen impuestas desde el Ordenamiento en su conjunto, no puede ser ajena a que en el ámbito sanitario, también la autonomía de la voluntad se ha consolidado “fundamentalmente, a partir de la toma de conciencia de que la decisión de someterse o no a un determinado acto

³⁸⁹ *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 292 y ss.

médico supone en última instancia un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente”³⁹⁰.

Tal relación es dable a integrar todas las normas y repensar el «contrato de tratamiento dental», con matices diferentes a los estudiados clásicamente³⁹¹. Y, si bien, de la lectura integrada de los artículos 1261 CC, 1254 CC y 1258 CC, podemos extraer que existe contrato desde que las partes consienten en obligarse a dar alguna cosa o a prestar algún servicio (objeto cierto que sea materia del contrato) y la causa de la obligación que se establezca. Causa que es «prestacional», a tenor del artículo 1274 CC³⁹², y obligación que nace del contrato, fuente citada en el artículo 1089 CC –hilo conductor de este trabajo– y que, desde que se perfeccionan, los contratos obligan también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe³⁹³, al uso y a la ley (artículo 1258 *in fine*) y a partir de entoces, el contrato es ley entre las partes (1091 CC) vinculadas entre sí por mor del artículo 1257 CC; de cuyo cumplimiento responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (1911 CC), no es menos cierto que este contrato es especial, por cuanto su objeto invade un derecho humano que goza de la mayor protección como derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona natural, pero también porque la prestación de actividad comprometida por el deudor tiene

³⁹⁰ GARCÍA GARNICA, M. C., *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*. Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 97.

³⁹¹ *Vid.*, ampliamente, ALONSO PÉREZ, M. T., 1997, *op. cit.*, 519 pp.

³⁹² *Cfr.*, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 183.

³⁹³ *Vid.*, SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, TG, “Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil”, *InDret*, 1/2020, p. 51. Los autores sostienen que, *en el derecho español de contratos, la buena fe se concibe como un estándar de comportamiento* de las partes frente al propio contrato. Sostienen que la buena fe del 1258 CC “es contextual: interpreta e integra un contrato válido y eficaz. Incluso cuando excepcionalmente lo corrige o lo termina, ello ocurre porque una doctrina específica sitúa al juzgador en el momento de la celebración del contrato y en contemplación de las circunstancias que constituyen la base del negocio. Pero esto es excepcional, en la inmensa mayoría de los casos la buena fe contractual no es ningún comodín, sino que es contextual. El carácter contextual de la buena fe, como se defiende a lo largo de este trabajo, excluye interpretaciones maximalistas que tengan por objeto la creación de un ordenamiento jurídico alternativo al que surge del derecho positivo vigente y al que resulta aplicable al contrato concreto. La buena fe [...] debe ser un mecanismo que contribuya a la compleción del contrato, siempre dentro de los marcados límites del contrato suscrito entre las partes pues, en definitiva, la buena fe es un mecanismo de interpretación e integración del contrato, no para novar el contrato o crear un segundo contrato, ajeno del primero.”.

una gran probabilidad de producir daño en la esfera extrapatrimonial de la persona del acreedor.

También es extraño, por la especial configuración legal que tiene, el cual, sin que se haya descrito como contrato, integra numerosas obligaciones conforme a la ley, al uso que le da tipicidad social y a la buena fe de los contratantes. Pero más aún, si tenemos en cuenta que el Derecho Sanitario impera en este contrato, siquiera por razón de especialidad, regulando concienzudamente la información que debe manejar el deudor y que debe conocer en su justa medida, el acreedor de la prestación de la actividad diligente del dentista (medida como conforme a la *lex artis ad hoc*).

Merece la pena, en esta tesitura, recordar los conceptos desde el principio. No quiero pecar de obvio trayendo aquí una manida teoría del contrato como acto o como programa negocial, ni pedantemente acudir a la Historia del Derecho en sus (nuestros) orígenes como juristas. Sin embargo, no está de más acudir a la doctrina y ver el contrato desde sus rudimentos.

Con gran profundidad, Díez-Picazo después de resumir la evolución histórica del «*contractus romano*»³⁹⁴, eminentemente típico en su origen (*–erat numerus clausus–*) y *formal* (para constituir una obligación se necesitaba o el pronunciamiento de unas palabras solemnes *–stipulatio–* o la suscripción de un documento o la entrega de una cosa o la prestación del consentimiento), aclara que por motivos de utilidad otros acuerdos obligacionales que no eran *contractus* propiamente dichos, fueron dotados por el pretor de una «*actio praescriptis verbis*»; esto es, “una acción dirigida a reclamar el cumplimiento de la promesa”³⁹⁵, acercándonos al momento en que nuestra actual idea de contrato alcanzó la protección del Derecho. Como punto de partida para distinguir la naturaleza de los contratos, aclara que “(e)n el Derecho Romano [...], las obligaciones se contraían *verbis, litteris, re y consensu*”³⁹⁶. Por lo

³⁹⁴ Díez-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 166.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 134.

³⁹⁶ Díez-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 166. Sobre esta «cuatripartición gayana», *Vid.*, TORRENT, A., “La noción de contrato en Derecho Romano”, *RIDROM*, 2021 (26), p. 552., online, <http://www.ridrom.uclm.es>. “Los acuerdos de voluntades que quedaban fuera de esta clasificación fueron

que, siguiendo este razonamiento, distingue entre contratos verbales, formales, reales y consensuales, entre otras clasificaciones. Salvo para los contratos literales, “en que la forma escrita era necesaria para la existencia del «contractus» [...], no fue hasta el periodo postclásico [...], cuando se extendió la costumbre de acompañar la «stipulatio» con la redacción de un escrito donde se hacía constar su celebración. Inicialmente este documento no tenía más que carácter probatorio”³⁹⁷.

Posteriormente, y como consecuencia de «muy diversas corrientes de pensamiento» (provenientes del Derecho Canónico, del principio espiritualista, con cita del Ordenamiento de Alcalá de 1340, y finalmente, de la Ilustración y la Escuela del Derecho Natural racionalista de los siglos XVI y XVII)³⁹⁸, se conformó como principio del Derecho el acuerdo de voluntades; esto es, el «consentimiento como contrato»; acercándonos a la concepción moderna del contrato, basado en la libertad y la igualdad y su interés para la economía³⁹⁹. Los contratantes pueden establecer, de acuerdo a lo previsto en

denominados *quasicontratos*, y hay que llegar a la época postclásica para encontrar la figura de los contratos *innominados*.” Es decir, según este autor, en el Derecho romano clásico, el elemento causal no es suficiente para calificar la existencia de un contrato, sino que el Ordenamiento debía tipificar esa relación como fuentes de la obligación. *Vid.*, BELDA MERCADO, J., *Tipicidad causal, contratos innominados y sistema contractual romano*, 2009, en AAVV. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Tomo XI, Tradición y recepción romanísticas*, BOE/AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid, 2021, p. 2130. Al menos sobre las obligaciones recíprocas, en el periodo *postclásico* romano, el *ius civile* protegía la buena fe contractual y se dotaba a los contratos innominados o atípicos de una *condictio ob causam datorum*, dirigida únicamente “a obtener la devolución de lo dado para el caso de que la otra parte no realizara su prestación” y con ello evitar un enriquecimiento injusto. Sobre *la actio in factum*, aclara que “para asegurar la ejecución de los contratos sin nombre; mediante el empleo de este medio, la parte que había realizado su prestación podía, en caso de incumplimiento de la otra, exigir el resarcimiento de daños e intereses”, lo cual mejoró la posición del acreedor cuando la prestación de hacer “consistía en un hecho, no susceptible de ser repetido”.

³⁹⁷ *Cfr.*, SANTOSMORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, Univ. Carlos III, BOE, Madrid, 1996, pp. 24-26. Afirma la autora que “(e)n el Derecho justiniano aparece la figura de los denominados contratos *innominados* que abarcaba todos aquellos supuestos en que, existiendo un acuerdo, una de las partes ejecutaba la prestación que corría a su cargo generando con ello, para el otro contratante, la obligación de llevar a cabo la prestación convenida. El vínculo obligatorio nacía aquí como consecuencia de la ejecución por una de las partes de la prestación acordada.”

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 27. Dice la autora que “La escuela del Derecho natural desarrollada a partir de las teorías de Grotius y Pufendorf hace del consensualismo el fundamento mismo de la teoría del contrato.”. Posteriormente, durante los siglos XVII y XVIII se recogió por la doctrina francesa, adaptando el Derecho romano a los principios de la «razón natural», entre los cuales, uno de los más evidentes (dice) era “el que de toda convención tenga el efecto de obligar [...] («quid dit contractuel dit juste»)”.

³⁹⁹ DíEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 136-137.

el artículo 1255 CC, los pactos, cláusulas y condiciones que no sean contrarios a las leyes, la moral y el orden público, en lo que se conoce como el principio de la autonomía de la voluntad ⁴⁰⁰.

Afirma Lacruz que “puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida”; añadiendo que el acuerdo de voluntades si dirige a vincular entre sí a las partes, “creando derechos y obligaciones es contrato, obliga, y en cuanto tal contrato goza de la protección del ordenamiento”⁴⁰¹; aunque aclara que esto no ha sido siempre así, remontándose como ya hiciera Díez-Picazo, al Derecho romano que conocía “un número concreto de contratos”; para señalar a continuación, que fueron “las legislaciones medievales las que permitieron pactar con validez cualesquiera otros, pero es la *escuela del Derecho natural* la que [...] estudia la figura de el contrato, como fuente general de obligaciones a la que sólo se le piden, para su validez, unos requisitos generales: unas voluntades exentas de vicios recayendo sobre un contenido lícito”⁴⁰².

Asentado que en el Derecho justiniano ya se consideraban los contratos *innominados*, por contraposición a los contratos reales, verbales, literales y consensuales de la cuatripartición gayana clásica, Castán Tobeñas diferenciaba en nuestro Ordenamiento, los contratos consensuales de los contratos reales; dividiendo los consensuales entre aleatorios y conmutativos (y dentro de éstos, cita el arrendamiento –de servicios o de cosas-, y contratos «innominados o atípicos», los cuales, dice, “carecen de regulación específica” y, por tanto, habrá que acudir para su interpretación a la analogía “allí donde no alcance como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes” ⁴⁰³), haciendo mención al artículo 1901 CC. Especificando que no porque encaje en un tipo contractual definido,

⁴⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op., cit.*, pp. 889 y ss., quien señala al jurista francés *Charles Dumoulin* (1500 - 1566) como el fundador de esta teoría.

⁴⁰¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op., cit.*, p. 271.

⁴⁰² *Ídem.*

⁴⁰³ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op., cit.*, pp. 9-15.

debe de juzgarse siempre a tenor de las reglas legales establecidas para ese tipo concreto y, por el contrario, que son muchos los casos en que por su frecuencia, alcanzan a crear una “costumbre «uso de los negocios», que será aplicable al amparo de lo dispuesto en los artículos 1258 y 1287 del Código civil”⁴⁰⁴.

Finalmente, Díez-Picazo resalta la “importancia económico-social de los contratos atípicos” para una sociedad en continua transformación, que necesita de ellos para su desarrollo por una “vida social y económica, siempre varia y cambiante”. Señala muy acertadamente que son “la consagración de las reglas de libertad contractual y de fuerza creadora de la libertad individual.”⁴⁰⁵.

La distinción entre contrato como acto y contrato como programa negocial (norma que incide sobre una relación jurídica patrimonial)⁴⁰⁶ ocasiona que el término «contrato» pueda utilizarse bien en «sentido amplio» “como negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan cualesquiera efectos jurídicos”; o bien en «sentido estricto», donde “se reduce al campo del Derecho de obligaciones, significando, esencialmente, acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones”⁴⁰⁷.

Dice Díez-Picazo que, en un sentido algo más técnico, “consentir (de *cum-sentire*) puede considerarse como el común sentimiento o la común

⁴⁰⁴ *Ibidem.*, pp. 17 y 18.

⁴⁰⁵ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 488.

⁴⁰⁶ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 139 y ss.,

⁴⁰⁷ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L., Madrid, 2011, pp. 356 y ss. *Cfr.*, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil*, 7ª Ed. Bercal S.L., Madrid, 2017, pp. 193-194. Se refiere al «negocio jurídico» como una creación dogmática que encuentra regulación en nuestro Código Civil a través de los contratos y que constituye un “ámbito propio de la autonomía privada [...] en el que el ordenamiento autoriza a las personas a dictarse propias normas, a veces totalmente predeterminadas por la ley”.

voluntad de dos o más personas.”⁴⁰⁸. Si esa voluntad común surge de un consentimiento informado, desde que se da este consentimiento consciente de los riesgos y alternativas posibles, nacen, por mor del artículo 1089 CC, una serie de obligaciones y su correlato, la responsabilidad.

En definitiva, hay contrato desde que concurre la voluntad de ambas partes, desde que hay consentimiento sobre el objeto y la causa de la obligación. Causa que es función económico-social que cumple el negocio jurídico, es decir, el contenido del negocio⁴⁰⁹. Pero un contrato con fines sanitarios sobre la disposición de la integridad corporal de una persona natural (usuario de servicios, o consumidor de bienes) no deja de resultar muy especial no solo por su objeto, cierto y raro, que ahora analizaremos⁴¹⁰, sino por la causa que ha de constituirlo⁴¹¹ –tanto como contenido del negocio (o “función económico-social” del mismo), como en su acepción de “contraprestación en los contratos de intercambio de bienes y servicios”⁴¹²–; lo que le confiere una enorme complejidad, por lo que la doctrina desde siempre ha pasado de puntillas sin deslindar del todo en qué tipo contractual estamos y qué obligaciones entraña (y sobre todo, qué regulación lo rige)⁴¹³.

⁴⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁰⁹ *Vid.*, DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985, *op. cit.*, p. 182.

⁴¹⁰ ALONSO PÉREZ, M. T., 1997, *op. cit.*, p. 387, Decía la autora que “hay que tener en cuenta que el ser humano, su realidad física, su cuerpo, es «*res extracommercium*».”.

⁴¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985, *op. cit.*, p. 186.

⁴¹² CARRASCO PERERA, Á.L., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª ed. Cizur Menor, Pamplona, 2021b, p. 191. [En adelante, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*]. Sostiene el autor que «(c)ausa es un *subyacente* del contrato, cuya ausencia motiva la llamada a la regla *rebus sic stantibus*». Esto es, si las prestaciones del contrato cambian con posterioridad al otorgamiento del consentimiento informado, por modificaciones en la salud del paciente, o por un curso evolutivo diferente al esperado, la causa del primigenio contrato va a desaparecer, deviniendo en un cambio de contrato; de continuar la relación con el dentista, Razón por la cual, gran parte de la Jurisprudencia y en particular la más reciente del TEDH, exige un nuevo consentimiento informado para cada tratamiento subsiguiente, diferente del que inicialmente se convino.

⁴¹³ *Cfr.*, entre otros, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 231 y ss., y 395-408; VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid 2009, pp. 292 y ss.; DE LORENZO Y MONTERO, R., “Secc. XXXVI. Aspectos Jurídicos” en BASCONES MARTÍNEZ, A., (Coord.), *Tratado de Odontología*, 1998, *op. cit.*, p. 4623; DE BARRÓN ARNICHES, P., 2008, *op. cit.*, p. 6; DE LORENZO, R. Y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, p. 36; *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, p. 242, en el Prólogo, BERCOVITZ, R. (pp. 20-21) aclara que el contrato de servicios médicos «es un arrendamiento de servicios con propias características, que carece de una regulación específica». Por otra parte, recuerda la

Por otra parte, como ya hemos avanzado, requisito de validez es que el *objeto* del contrato (servicio de salud) tiene que ser lícito y cuando menos, parece sospechoso y extraño que “dejarse intervenir” e invadir la propia integridad física y moral pueda ser objeto de un contrato, por muy atípico que se quiera catalogar. Probablemente sea ésta una de las razones por las cuales nadie se ha atrevido a legislar la relación médico-paciente como un contrato y tampoco es pacífica la doctrina sobre lo que pueda ser este contrato. Carrasco Perera recuerda que “el objeto del contrato (cosa, servicio, precio) «no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes» (art. 1449 CC, en relación con los arts. 115 CC y 1256 CC), en los contratos de tracto sucesivo, el tiempo o duración del contrato es igualmente una determinación esencial del objeto, y su falta conduce a la inexistencia del contrato”, salvo que legalmente existan criterios supletorios o se “atribuya a cada parte el derecho potestativo de poner fin a la relación”⁴¹⁴, cosa que sucede en el caso del contrato de tratamiento odontológico, en nuestra opinión, por ser un contrato en el que interviene la *relación intuitu personae*.

Como sostiene Beluche Rincón, “la doctrina y la jurisprudencia acomodan en el Ordenamiento el libre desistimiento o desistimiento unilateral como principio general aplicable a otros casos distintos a los contemplados *ex lege*, cuando se trate de relaciones obligatorias duraderas o de tracto sucesivo [...], y en las que exista un *intuitu personae*, esto es, que fundadas en la confianza que las partes recíprocamente se merecen, ésta se frustre”⁴¹⁵. Esta relación es la que predominantemente existe entre el dentista y el destinatario

consolidada doctrina de los tribunales sobre la consabida responsabilidad por culpa, no objetiva, pero tratando la aplicabilidad del antiguo artículo 28.2 de la entonces vigente *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuario(s)*, «respecto a los daños derivados de los servicios sanitarios».

⁴¹⁴ Cfr., CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 268.

⁴¹⁵ BELUCHE RINCÓN, I., 2015, *op. cit.*, pp. 69-126. Afirmar la autora, en la consideración que hace hacia la aplicación de las propuestas del DCFR, “(q)ue el cliente sea un consumidor sí ha sido tenido en cuenta, en general, en el ámbito de aplicación de las normas comunes sobre contratos de servicios, en el borrador de anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación, cuyo artículo 1581.4 dispone que «[s]alvo disposición en contrario, las partes pueden excluir la aplicación de las presentes disposiciones o modificar sus efectos; pero si el cliente fuera un consumidor, será aplicable la legislación específica sobre la materia» [...]. Por tanto, las reglas aplicables a los contratos de servicios celebrados por consumidores podrán ser imperativas, pero la imperatividad vendrá dada por la propia legislación especial que desplazará al dispositivo régimen común”.

de su actividad, por lo que no es extraño que las partes puedan poner fin libremente a su relación (y legalmente, si nos atenemos a la revocación libre y en cualquier momento del consentimiento informado en su configuración en la LAP). Pero no solo el paciente, quien a menudo al perder la confianza en el dentista, interrumpe el tratamiento, sino también, de forma recíproca, el dentista, cuando percibe que se rompe la confianza con el acreedor de su prestación de hacer.

Conviene recordar que el desistimiento unilateral⁴¹⁶ del dentista es no solamente posible ética y legalmente, pues, en ocasiones, el paciente (acreedor) puede interferir la actividad del deudor hasta tal punto que llegue a convertirse para este en un “paciente odioso”⁴¹⁷; por lo que en estos casos de desistimiento unilateral, será necesario ajustar la indemnización a las prestaciones ya realizadas, y verificar la cuantificación correcta de la indemnización contractual.

Pese a todo, la realidad social es tozuda: la gente sana o enferma consiente que el profesional sanitario realice una prueba diagnóstica o un tratamiento, o cualquier otro procedimiento dental sobre su propio cuerpo, surgiendo, a partir del consentimiento informado, un contrato que podríamos

⁴¹⁶ CGCD, *Código español de ética y deontología dental*, 2002, artículo 20, *op., cit.*, p. 9. El compromiso ético del dentista comprende el asegurar “la continuidad de sus servicios profesionales”, una vez que este, o en su caso el centro sanitario, acepte la atención del paciente. Sin embargo, deontológicamente puede “suspender la continuidad de la atención” en dos casos: si “llegara al convencimiento de que no existiera hacia él la necesaria confianza” (artículo 20. 2) o bien, “en caso de incumplimiento reiterado por parte del paciente de las indicaciones orales o escritas dadas por el profesional”. Esta última previsión de desistimiento unilateral del contrato, establecida en número 3 del mismo artículo, se incorporó por la modificación operada a través del Acuerdo de la Asamblea General celebrada los días 14 y 15 de junio de 2012 (Acuerdo AA06/2012), aunque éticamente se exige una *precaución* en ambos casos, a tenor del artículo 20.2 *in fine*, cuando dice: “dejará constancia de ello al paciente, familiares o allegados y deberá facilitar al profesional que se haga cargo del paciente toda la información necesaria”.

⁴¹⁷ *Cfr.*, GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, J. M., “Síndrome de Groves o del paciente odioso”, *Rev. Gaceta Dental*, 2017, núm. 294, pp. 149-161. El autor hace referencia a aquellos pacientes que al acudir a consulta provocan en el médico que les atiende diversos sentimientos de contrartransferencia (odio, recelo, temor y miedo), sin que padezcan ningún trastorno psiquiátrico de importancia, describiendo tres tipos de dicho síndrome y algunas formas mixtas menores: el Tipo I (el pesado), se trata de un “(p)aciente cargante, pelmazo, abusador e inoportuno”. El Tipo II (el listo), es un paciente “desconfiado y que tiene conocimientos” sobre el procedimiento al que quiere someterse. Finalmente, el tipo III (el mentiroso), que “miente al profesional sanitario y le oculta datos esenciales para un buen diagnóstico”; que claramente incumple su obligación de colaboración con el dentista. Fuera de estos tres tipos, el paciente actual promedio se acerca mucho al Tipo II de Groves, siendo éste el extremo por debajo del cual nosotros situamos al paciente/cliente/consumidor actual del siglo XXI.

denominar atípico pero «con tipicidad social» siguiendo los planteamientos que muy acertadamente realiza el Profesor Díez-Picazo al respecto⁴¹⁸.

Por otra parte, la intervención del Estado es cada vez mayor –como hemos visto en el capítulo precedente, con la promulgación de diversas normativas multinivel–, por lo que ha configurado una serie de obligaciones legales que superan tal simplicidad; pero que no han terminado de tipificar este contrato.

Nosotros hemos optado por definir el contrato dentista-paciente como un contrato de servicios dentales o contrato de tratamiento odontológico. Sin embargo, no deja de ser arriesgada la definición que luego daremos como aproximación a lo que pueda ser este contrato (que recordemos, no está aislado: existen múltiples combinaciones subjetivas y objetivas y muy diversos contratos conexos tendentes a conseguir lo íntimamente querido por el acreedor y deudor, la esencia del contrato).

Muchas calificaciones se le han dado a esta realidad. A continuación, expondremos la más frecuente.

2.2.1. Contrato de arrendamiento de servicios y de obra

De Castro cita doctrina jurisprudencial muy antigua que “(d)e modo constante, se viene admitiendo que existen los contratos de servicios con médicos [...] sin necesidad de declaraciones expresas de voluntad, y que el contrato se entiende *convenido tácitamente*, «cuando la prestación de servicios sólo es de esperar como contraprestación de una retribución» (S. 19 enero 1958); que en caso de prestación de servicios se entiende que hubo contacto de

⁴¹⁸ Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., 2009, *op. cit.*, pp. 489-491. “Se habla de una *tipicidad legislativa* para designar a aquellos contratos que tienen una calificación técnico-legislativa, que opera además por el establecimiento de una disciplina normativa en la legislación. Dicho de otro modo y más claramente: es la ley la que les asigna un nomen iuris y la que establece su disciplina o su régimen jurídico. [...] En cambio, se puede hablar de una *tipicidad social*, para hacer referencia a aquellos contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la consciencia social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Son socialmente típicos aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un nomen iuris por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial (por ejemplo, el contrato de mediación)”.

arrendamiento de servicios, al no haber otra causa de prestarlos (supuesto de S. 10 noviembre 1940). Entendiéndose haber precio cierto (Art. 1.544) al ser «conocido por la costumbre y uso frecuente» o por «normas y usos corrientes» (S. 5 octubre 1905, 5 diciembre 1925, 8 julio 1927, 24 mayo 1929, 8 febrero 1940, 10 noviembre 1940)⁴¹⁹.

Se podría afirmar que ha existido cierto consenso en calificar la relación médico-paciente, en cuanto a sus características, como arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra o arrendamiento de empresa, todas ellas del artículo 1544 CC⁴²⁰ y que regula posteriormente en las disposiciones sobre “criados y trabajadores asalariados” de los artículos 1583 a 1587 CC. Como dice Serra Rodríguez, este artículo 1544 es heredero de la tradición romanista (*locatio-conductio* y *locatio-operis*) y se ocupa tanto del arrendamiento de servicios como el de obra⁴²¹. Se trata de un régimen legal que además de *obsoleto* es deficiente, por lo escaso de su regulación⁴²².

De Barrón Arniches sostiene que el artículo 1544 CC “tras la calificación jurídica de lo que puede entenderse como una relación jurídica de servicios, no proporciona ningún resultado positivo en relación al régimen legal aplicable a dicho negocio jurídico”⁴²³. Cosa que ya nos decía Díez-Picazo sobre la importancia de establecer cuál es el régimen legal aplicable a un contrato no bien tipificado⁴²⁴.

⁴¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, S.A., Madrid, 1985, p. 182.

⁴²⁰ *Vid.*, VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 55 y ss.

⁴²¹ SERRA RODRÍGUEZ, A., “1544, en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”, en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno J., y Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), *Código Civil Comentado*. Vol. IV. Libro IV - De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final). Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 351-357.

⁴²² VILLANUEVA LUPIÓN, C., 2009, *op. cit.*, p. 76.

⁴²³ DE BARRÓN ARNICHEs, P., 2008, *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁴ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 489-491.

La regulación del contrato del arrendamiento de servicios en el Código civil (contrato de servicios, en su denominación preferida tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia) silencia estruendosamente los servicios prestados por profesionales en la vida civil, lo que evidencia la necesidad de una reforma “de calado” al respecto⁴²⁵. La doctrina reclamaba una regulación positiva que comenzó a elaborar el *Study Group on European a European Civil Code* como “*Principles of a European Law, Service Contracts*” (PEL SC, por sus siglas en inglés).

La regulación general de los «contratos de servicios» en la propuesta del derecho común europeo se refiere a tales contratos (artículo I: 1:101 PEL SC) como “(c)ontratos en virtud de los cuales una parte, el proveedor del servicio, se obliga a prestar un servicio a la otra parte a cambio de una remuneración”, y el DCFR designa a los contratantes como *proveedor* (prestador del servicio) y *cliente* (artículo IV. C. 1:101 DCFR)⁴²⁶, incluyendo el “contrato de tratamiento médico” entre las modalidades de contrato de servicios por el que “el profesional sanitario se compromete a proporcionar un tratamiento médico al cliente”⁴²⁷. Sus propuestas resultarían aplicables a los contratos por los que el profesional se compromete a proporcionar un servicio dirigido a mejorar el estado físico o mental de una persona y a la medicina satisfactiva o voluntaria, para las que impone al deudor, “de forma general y expresa, una obligación de medios” tanto para la medicina curativa, como para la voluntaria o satisfactiva; pero ampliando en este último caso el contenido de la información que el proveedor del servicio ha de proporcionar al cliente en el caso de la actividad sanitaria satisfactiva, no sólo los riesgos que el paciente necesite saber para tomar una decisión como en la medicina curativa, sino además todos los riesgos conocidos.

Finalmente, parece oportuno tener en cuenta, en torno a las transformaciones que hoy vienen informando las reformas impulsadas en el

⁴²⁵ SERRA RODRÍGUEZ, A., 2016, *op. cit.*, pp. 351-357.

⁴²⁶ MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 54.

⁴²⁷ SERRA RODRÍGUEZ, A., 2016, *op. cit.*, pp. 351-357.

derecho privado europeo y en concreto, la propuesta del DCFR acerca del estándar de información sobre riesgos en el DCFR, que distingue casos de medicina asistencial y voluntaria (curativa y satisfactiva, respectivamente), previendo un régimen diferenciado en cuanto a los requerimientos de la información necesarios en cada una de ellas, en línea con la jurisprudencia española al respecto, como abordamos en el capítulo correspondiente.

El artículo IV.C.-8:105 DCFR regula, en palabras de Cadenas Osuna, “la obligación de información asistencial” en los primeros supuestos que abarcará información acerca de diversos ítems (estado de salud, naturaleza del tratamiento propuesto, ventajas del mismo, riesgos del tratamiento, alternativas y ventajas y riesgos de éstas y las consecuencias de no tener el tratamiento), que son “de carácter instrumental para permitir un consentimiento informado previo al tratamiento asistencial; que obliga al profesional a “dilucidar ad hoc cuál es la información “razonablemente material” que debe proporcionar. Mientras que, en el segundo caso, la medicina satisfactiva (*unnecessary treatment*), la información abarcará (también en línea con nuestra jurisprudencia actual) todos los riesgos conocidos. Critica la autora que esta información reforzada “pretende garantizar el conocimiento por el cliente de todos los riesgos típicos o inherentes al procedimiento médico, con independencia de la frecuencia con la que se actualicen en la práctica. Sin embargo, no puede ampararse en dicha información reforzada la transmisión de todos y cada uno de los riesgos que puedan derivarse del procedimiento médico, incluso de aquéllos que no sean inherentes a éste, pues la imposición al profesional sanitario del deber de informar de los riesgos atípicos del tratamiento debe juzgarse absolutamente desproporcionada.”⁴²⁸.

⁴²⁸ CADENAS OSUNA, D., “El contrato de servicios médicos: la información sobre riesgos del tratamiento sanitario en el *Draft Common Frame of Reference*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE*, núm. 8, 2018, pp. 427-429. La autora concluye erróneamente con que “el estándar de información sobre riesgos del tratamiento médico establecido por el DCFR constituye un híbrido entre los estándares vigentes en España y el Reino Unido. Así, en medicina curativa, el DCFR adopta el estándar de la persona o paciente razonable, en una formulación que se asemeja en lo sustancial a la adoptada por el *case law* en el Reino Unido, y que en nada se asimila al estándar vigente en el ordenamiento jurídico español” (pero olvida que es el profesional sanitario, según el DCFR quien decide y selecciona la información *ad hoc*, como ella misma afirma) “que, al hacer recaer sobre la comunidad médica la decisión sobre el carácter típico o atípico de los riesgos, parece adoptar el estándar profesional. Por su parte, en medicina satisfactiva,

Por otra parte, de todos los contratos de servicios que regula el DCFR, el contrato de tratamiento médico “es el único en el que, de forma general y expresa, se le impone al deudor una obligación de medios (IV.C.-8:104)”, aunque afirma que cuando esto beneficia al cliente nada impide que las partes transformen la obligación genérica de medios que tiene el prestador del tratamiento médico “en una de resultado”⁴²⁹; lo que es compatible en nuestro Derecho, por mor de la autonomía de la voluntad que tienen las partes *ex artículo 1255 CC*, pero no es compatible con la variabilidad biológica y el componente aleatorio que tiene la persona natural, acreedora de la prestación de hacer.

Pero ni las propuestas del DCFR, ni la tipificación del contrato según el artículo 1544 CC, terminan de aprehender este contrato tan especial, no solo por su objeto (que ya lo es, como hemos explicado), sino por la variabilidad del caso concreto, la incertidumbre derivada de su naturaleza y, sobre todo, por la realidad social que envuelve una relación piramidal que trasciende el plano del artículo 1257 CC en la que encontramos multitud de contratos conexos⁴³⁰.

al imponer al profesional sanitario la información sobre todos los riesgos conocidos, el estándar de información adoptado por el DCFR se acerca al vigente en España, y queda muy alejado del estándar del paciente razonable que el *case law* adopta, también para los supuestos de medicina satisfactiva, en el Reino Unido.”. Añadir que esta propuesta del DCFR, sobre la medicina satisfactiva, parece absolutamente irrealizable: desaparecería entonces, toda la teoría del daño desproporcionado y peor aún: se cargaría al profesional con una obligación irrealizable, que sería nula, por imposible.

⁴²⁹ CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, 2/2013, pp. 36-37. *Cfr.*, DE BARRÓN ARNICHEs, 2008, *op. cit.*, p. 6, en cuanto al ámbito de aplicación de los PELSC, en materia de contrato de servicios, reproduce el “Art 1.101: Este capítulo se aplica a los contratos en los que una parte, «el profesional» o «prestador del servicio», realiza un servicio a favor de la otra parte, «el cliente», a cambio de una remuneración.”. Sin embargo, no es trasladable enteramente al contrato que nosotros estamos analizando, porque la relación dentista/usuario no es únicamente de prestación de un servicio por un profesional, al existir contratos conexos, en los que no se sabe muy bien cómo articular la responsabilidad, cuando intervienen auxiliares, no dependientes, e incluso, dependientes del principal. De momento, continúa la obsoleta regulación del artículo 1544 CC y su denominación clásica de arrendamiento de obras o de servicios. *Cfr.*, VAQUER ALOY, A., 2012b, *op. cit.*, pp. 12-13. En este artículo IV.C-4:105(1) DCFR se hace referencia expresa a la “obligación de diligencia”. Expone el autor que los comentarios a este artículo aluden a que “se establece, como norma, un sistema de responsabilidad basado en la culpa, por la complejidad de un sistema que no estuviera basado en ella.”. Lo más interesante es que la culpa médica vendría a significar “la falta de conformidad con los estándares de cuidado requeridos”, algo que se parece mucho a la interpretación

⁴³⁰ LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, pp. 35-64.

2.2.2. Atipicidad contractual en la asistencia dental

Visto lo anterior, estamos en disposición de expresar que, hoy por hoy, no existe una normativa legal específica que regule la relación contractual entre el cliente y el dentista, por lo que sigue siendo un contrato atípico (y la LAP desaprovechó la oportunidad de hacerlo, como explicamos antes).

Castán Tobeñas⁴³¹, sobre la atipicidad más o menos absoluta de ciertos contratos, decía que, precisamente, la “libertad de contratación que inspira el Derecho de obligaciones” es la que permite que “puedan existir otros que carecen de regulación específica”; los cuales denominaba contratos innominados o atípicos.

La atipicidad contractual no está exenta de problemas. Díez-Picazo señala dos fundamentales: problemas de admisibilidad y de validez “dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz y por consiguiente dispone de la protección del ordenamiento jurídico” y el problema de la disciplina normativa; es decir, “la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos”⁴³². Sobre la regulación del contrato, Lacruz Berdejo decía que “muchos otros poseen en mayor o menor grado lo que llama Jordano *tipicidad social*: es decir, son conocidos y frecuentes y en torno a ellos se han creado una práctica, unos usos convencionales y acaso una jurisprudencia. Por consiguiente, de las leyes que regulan unos y los usos y jurisprudencia que rodean a los otros habrá de extraerse en lo no previsto por las normas imperativas generales y la voluntad de las partes.”⁴³³.

Como explicábamos en el apartado anterior, en la actualidad existe cierto consenso, consagrado jurisprudencialmente, en calificar la relación médico-

⁴³¹ *Cfr.*, CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op. cit.*, pp. 15-17. Al respecto de la atipicidad de un contrato, sostiene que la “libertad de contratación que inspira el Derecho de obligaciones” permite que “puedan existir otros que carecen de regulación específica” (los cuales denomina contratos “innominados” o “atípicos”), junto a los contratos “puramente típicos o nominados”. Sin embargo, expone, recogiendo ideas de JORDANO (1953), y antes FUBINI (1931) o ROCA JUAN (1948); que un contrato atípico «innominado estricto o innominado puro» es “prácticamente muy raro”.

⁴³² DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 489-491.

⁴³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op. cit.*, pp. 360-361.

paciente en cuanto a sus características, como arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra o arrendamiento de empresa, todas ellas del artículo 1544 CC⁴³⁴.

Sin embargo, no es fácil mantener de forma estricta la distinción de la esencia de los contratos de tratamiento odontológico, puesto que la realidad (social, jurisprudencial, y del mercado) es muy compleja y evoluciona rápidamente. No encaja. Hay demasiados flecos que no llena este tipo contractual. La doctrina ha intentado llenar esta laguna sobre la naturaleza de la relación que vincula al profesional y paciente, situándola como “un «contrato de mandato» (artículo 1709 CC), «de comisión» (o mandato sin representación), incluso se ha llegado a entender dicha relación como «contrato de trabajo», al tratarse de una relación por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (como lo define el art. 1.1 ET)⁴³⁵. También como un «contrato innominado atípico⁴³⁶ en virtud de la autonomía de la voluntad del 1255 CC»⁴³⁷.

En este sentido, pensamos, estamos ante un contrato de servicios *especial* que, sin ser típico, podría catalogarse como atípico con tipicidad social⁴³⁸, en la terminología que Lacruz Berdejo o Castán Tobeñas recogían de JORDANO

⁴³⁴ Cfr., VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 55 y ss.

⁴³⁵ Por todos, ALONSO PÉREZ, M. T., 1997, pp. 162 y ss., encontraba “inadecuadas” las denominaciones de contrato multiforme, contrato innominado, contrato atípico, contrato mixto, negando categóricamente esta última concepción.

⁴³⁶ Cfr., LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, pp. 122-123. El autor sostiene, frente al contrato típico, que los contratos atípicos “aun careciendo de reconocimiento legal y de regulación positiva, reúnen los requisitos esenciales de la genérica figura contractual” que emana del art. 1261 CC y concordantes; que en virtud del artículo 1255 CC (y otros concordantes) están “plenamente aceptados, derivados de una libertad contractual”, que tiende con el transcurso del tiempo a alcanzar una “tipicidad social”, y quien sabe, si configuración legal en algún momento...

⁴³⁷ BLAS ORBÁN, C., *Responsabilidad Profesional del Médico, enfoque para el siglo XXI*. Bosch, Barcelona 2003, pp. 41 y ss.

⁴³⁸ Cfr. ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 146 y ss. Afirma el autor que se trata de un contrato innominado atípico, pero con tipicidad social: la actuación médica, dice, “no responde a necesidades sociales nuevas, sino que se trata de un contrato de prestación de servicios en el que hay elementos de varios contratos”, concretamente del arrendamiento de obras, el de servicios y mandato; sin regulación específica en el Código Civil.

(1953); o dentro de ellos, como “contratos unidos, múltiples o mixtos”⁴³⁹. Aproximación que nos resulta más útil para examinar el contrato de tratamiento odontológico, que pretendemos definir.

Como dice Jiménez Horwitz, “surgen de continuo nuevas formas de contratación de las prestaciones de hacer que tienen un sello propio y no encajan en la estructura rígida de las definiciones legales o doctrinales”⁴⁴⁰, aunque la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante a tenor del DCFR y las perspectivas que éste apunta sobre la propuesta del Derecho europeo de contratos, concretamente en la asistencia sanitaria, “en la que se exige diligencia (IV.C.-8: 101), habilidad y cuidado (IV.C.-8: 104)”, lo cierto es que ninguna de estas concepciones da respuesta al interrogante de lo que sea el contrato que une al dentista con el paciente y aunque, como hemos comentado, el DCFR propone situar el contrato de servicios médicos en la categoría de contrato de servicios; nosotros estamos convencidos que podría encuadrarse perfectamente como un contrato atípico con tipicidad social, debido principalmente a que el contrato de tratamiento odontológico es mutable en cuanto a cómo se configure, y dable a la conexión funcional con otros muchos contratos para lograr la satisfacción del acreedor (y, sobre todo, porque el contrato de servicios se integra perfectamente en la regulación protectora de consumo, tanto en cuanto a los aspectos sobre la protección multinivel de los consumidores y usuarios, como el TRLGDCU, su noción económica de consumidor en una sociedad de consumo como la nuestra, la delimitación legal y jurisprudencial del consumidor objeto de protección, la trayectoria legal española de la noción de consumidor en el Ordenamiento, el encaje en cuanto a la formación de los contratos, los

⁴³⁹ Vid., CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988a, *op. cit.*, p. 15. El autor cita concretamente a JORDANO, sobre los «contratos atípicos en general» (“*Los contratos atípicos*”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 195, 1953, p. 61); quien, en particular, distinguía a su vez, los «contratos atípicos puros *con tipicidad social*» de aquellos otros sin ella; es decir, «sin precedente alguno», en este sentido, estamos ante un *contrato de tratamiento odontológico* que, sin ser típico, podría catalogarse como atípico *con tipicidad social*, en la terminología de JORDANO. Vid., LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op. cit.*, pp. 360-361. Dentro de los contratos atípicos, existe un conjunto que participan de “diferentes tipos contractuales o varias prestaciones singulares reguladas en tipos contractuales diversos (*contratos unidos, múltiples o mixtos*)”, que también se pueden vislumbrar en el contrato de tratamiento odontológico, en nuestra opinión.

⁴⁴⁰ JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *ADC.*, 2012, pp. 551 y 563.

requerimientos específicos de información, la integración de la publicidad y del contenido contractual conforme al artículo 1258 CC⁴⁴¹, el papel de las asociaciones de consumidores y su finalmente, el acceso a la justicia en casos flagrantes muy recientes en el imaginario colectivo⁴⁴²).

Por tanto, la tipificación contractual de la atención dental constituye un reto jurídico importante actual, no solo por lo que acabamos de exponer, sino porque en la práctica, la Odontología clínica adquiere unas veces tintes asistenciales y otras, voluntarios o satisfactivos, en la que (jurisprudencialmente) se puede comprometer o no la consecución de un resultado; por lo que unas veces, el mismo procedimiento dental (según los tribunales) podría generar una obligación «de medios» o bien, «de resultado», atendiendo al caso concreto; y el mismo podrá ser considerado como un contrato de arrendamiento de servicios o bien, de obra. Cadenas Osuna entiende que la obligación del profesional sanitario en “la implantación de prótesis” dentarias (o “del tipo que sea”), implica distinguir las dos obligaciones esenciales que surgen para el profesional sanitario. Esto es, la obligación de dar, “esto es, suministrar al paciente (o cliente) una prótesis que satisfaga sus necesidades terapéuticas o estéticas” (calificable, dice de medios); y la obligación de hacer, “es decir, de colocar la referida prótesis; en este caso, la obligación asumida por el profesional sanitario comparte la naturaleza jurídica de las obligaciones de medios” salvo, que el profesional sanitario “haya asegurado el buen fin de la intervención”.⁴⁴³.

Además, si focalizamos en la naturaleza de la relación entre el dentista y el paciente/cliente/consumidor, así como los contratos conexos que plantea esta relación jurídica, podemos vislumbrar la complejidad tipológica del contrato que subyace a ella: a través de un análisis fáctico y fenoménico de la

⁴⁴¹ LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, pp. 4-166.

⁴⁴² *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., “Dentistas en el banquillo: el papel de la Mediación Penal”, *Gaceta Dental*, 2018, núm. 301, pp. 164-174. *Vid.*, nota núm. 9.

⁴⁴³ *Cfr.*, CADENAS OSUNA, D., OLIVA BLÁZQUEZ, F., (Pról.), 2018, *op. cit.*, p. 421. Aunque existe amplia doctrina jurisprudencial que así lo avala, creemos que es errada, pues, por mucho que el profesional prometa un resultado, éste depende de la variabilidad biológica y en todo tratamiento sanitario existe un componente de aleatoriedad que invalida doctrinalmente esta afirmación.

relación paciente-dentista, en la que el paciente consiente un determinado procedimiento diagnóstico o terapéutico, relativo a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos, tras un proceso previo y regulado legalmente de información sobre el diagnóstico alternativas y riesgos derivados del tratamiento propuesto, nos damos cuenta de la ingente tarea que supone desarrollar un tipo contractual que aborde dentro de sí lo que deba ser el contrato de tratamiento odontológico. La cosa se complica, porque el contrato entre el prestador de asistencia y el receptor de la misma abarca –en ocasiones– la intervención de otros profesionales, dependientes o no del dentista; que a veces, formarán parte de dicho contrato, pero no en otras; como en el caso de los ya mencionados “contratos conexos”⁴⁴⁴.

La clave, en cuanto a la regulación de la responsabilidad dimanante del incumplimiento contractual, estará en la dependencia del principal. Será entonces cuando podrá incidirse en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del artículo 1903 CC, como veremos en sede de responsabilidad profesional, en el capítulo siguiente. Pero, incluso siendo el colaborador especialista externo e independiente, con su propia responsabilidad individual –*ex art. 1902 CC*–, el centro sanitario «clínica dental» seguirá siendo junto con él, responsable contractualmente del cumplimiento de las obligaciones (y de los daños indemnizables que ocurran, como estudiaremos más adelante); sin perjuicio del derecho de repetición que tenga el centro sobre el causante directo del daño.

Esta es la razón, quizás, de que se accione en innumerables ocasiones a través de la responsabilidad contractual y extracontractual en el caso de acciones indemnizatorias en las que existe contrato por el que se presta una asistencia dental a un usuario en un mismo supuesto. Algo aberrante ¿no?

⁴⁴⁴ *Cfr.*, MOMBERG URIBE, R. y PIZARRO WILSON, C., “Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos”, *Ius et Praxis, online*, 2021, vol. 27, n.2, pp. 156-174. (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200156>).

2.2.3. Contrato de tratamiento odontológico

En palabras de Lacruz, la calificación (del contrato) “tiene como consecuencia, no sólo determinar qué normas de Derecho supletorio son aplicables al convenio [...] sino también a qué normas imperativas se halla sometido”⁴⁴⁵. Cosa que, como hemos apuntado, no termina de aclarar el artículo 1544 CC.

En cuanto consumidores, el derecho positivo protege al paciente dental, como hemos visto. De antiguo se ha estudiado la “erosión del principio decimonónico de la autonomía de la voluntad” a través de la introducción del «derecho del consumo» en el ámbito de obligaciones y contratos⁴⁴⁶ y la aparición del principio constitucional «*pro consumatore*» del artículo 51 CE, con la legislación posterior y el acceso a las garantías constitucionalmente previstas. El artículo 59 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre (–Capítulo primero del Título I (Contratos con los consumidores y usuarios), dentro del Libro Segundo, titulado “Contratos y garantías”, del TRLDCU), define los “contratos con consumidores y usuarios” como los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario. Concepto “jurídico” que “viene caracterizado por tres notas esenciales”: organización, profesionalidad, e imputabilidad, como titular de la empresa, atrae las consecuencias de la actividad; distinguiendo entre el empresario individual (persona física) y empresario social (persona jurídica), destacando entre éstos últimos las sociedades mercantiles, principalmente⁴⁴⁷.

El artículo 1 del Libro Primero del TRLDCU fija su objeto en “establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado”. El ámbito de aplicación de esta norma se establece en su artículo 2, cuando dice “será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” y en el número 2 de dicho

⁴⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op., cit.*, p. 310.

⁴⁴⁶ *Cf.*, GARCÍA CANTERO, G., “Integración del derecho del consumo en el derecho de obligaciones”, *RJN*, 1992, pp. 37-41.

⁴⁴⁷ ORDUÑA, F. J., y CAMPUZANO, A. B., (Dirs.), 2015, *op., cit.*, pp. 363 y 364.

artículo 59, se dice que los mismos “se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos”.

Hay que aclarar que la excepción de aplicación a los servicios sanitarios establecida en los artículos 93 y 114.2, lo es únicamente a las disposiciones del Título III (Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil) y a las garantías y servicios posventa⁴⁴⁸ del Título IV, respectivamente. Por lo que, desde nuestra perspectiva, el contrato de tratamiento odontológico constituye un *contrato* de consumo, en su noción amplia (es decir, en el sentido del ámbito subjetivo establecido en los artículos 2 y 3 del TRLGDCU).

Así, el legislador ha decidido que esta norma sea de aplicación a los servicios sanitarios, los cuales menciona expresamente en el artículo 148, por el que se establece el Régimen especial de responsabilidad (que, ya hemos visto, matiza la jurisprudencia, reduciendo al máximo su posibilidad real de aplicación, dejándolo únicamente para aspectos organizativos y de funcionamiento y reconduciendo la *litis* por la senda de la responsabilidad subjetiva en la mayoría de las ocasiones), pese a que las garantías establecidas mediante *las acciones* que reconoce el TRLGDCU son compatibles con aquellas.

El tema argumental que no debemos perder de vista es la concreción de un contrato atípico formalizado –por tipicidad social– que relaciona al usuario con el dentista y tiene naturaleza mutable, con contratos conexos que se integran (no solo los típicos, como el contrato de crédito al consumo, sino los contratos de suministro⁴⁴⁹ de asistencia dental que pueda establecer el deudor

⁴⁴⁸ *Vid.*, ESPAÑA, TRLGDCU. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Artículo 114.2.e), que establece: “e) Los contenidos o servicios digitales relacionados con la salud prescritos o suministrados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios”. Debe recordar el lector que la regulación nacional sobre productos sanitarios, incluye entre éstos las prótesis dentales, por lo que las Garantías y servicios posventa del Título IV excluyen a éstas de su ámbito de aplicación.

⁴⁴⁹ *Vid.*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., y DÍAZ MORENO, A. (Coords.), *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 482-483. El contrato de suministro es “aquel por el cual el suministrador se obliga a cambio de un precio a realizar en favor del suministrador prestaciones periódicas o continuadas de cosas genéricas para satisfacer unas necesidades duraderas”. Su especialidad consiste en que la prestación

con otros colaboradores independientes, por ejemplo) por los cuales, veremos en el último apartado de este capítulo, puede llegar a superar la relatividad de los contratos que manda el artículo 1257 CC. Sobre este tema, afirma Tena Piazuolo, que la denominación como «contrato de suministro de servicios dentales» es un “término que ya viene apareciendo en algunos pronunciamientos judiciales”⁴⁵⁰, que en alguna ocasión hemos defendido⁴⁵¹ por la posibilidad de la existencia de contratos conexos donde intervienen otros profesionales que *suministran* al principal sus servicios mercantiles (colaboradores independientes, en la mayoría de los casos, del deudor principal, contraparte del usuario del contrato de servicios que hemos denominado contrato de tratamiento odontológico) y que sirven para satisfacer el interés del paciente acreedor, que contrata con el principal, pero realmente “se deja intervenir”, por el colaborador.

Para un mejor análisis del contrato en cuestión, resulta necesario analizar el contenido de cada una de las actuaciones que forman parte del mismo.

En el «contrato de tratamiento odontológico», lo que el paciente encarga al dentista, en cada caso, se trata de una mera actividad, unos servicios dentales para uso particular, por sí o a través de otros profesionales, que se concretarán –según la interpretación de la jurisprudencia– en la obligación de lograr un resultado concreto «únicamente si así se deduce» de los términos del

que ha de realizar el suministrador no es única, sino que se trata de una «pluralidad de prestaciones independientes que se extienden en el tiempo y que derivan de un solo contrato». Su atipicidad no le exime de ser considerado un contrato de naturaleza mercantil, dado que “son mercantiles los contratos de suministro en los que el empresario suministrado destine el bien objeto del contrato a revenderlo o suministrarlo a otros, obteniendo un lucro a resultas de esta operación [...], es necesario que el suministrador tenga una organización empresarial”.

⁴⁵⁰ *Cfr.*, TENA PIAZUELO, I., 2021, *op. cit.*, pp. 185-204. La naturaleza jurídica de la relación contractual entre la clínica demanda y el cliente (dejando ahora otras posibilidades, que podrían quedar fuera del procedimiento civil, cuando se tratase de un servicio proporcionado por la administración pública sanitaria, o tuviera connotaciones penales), se corresponde con lo que cabría denominar «contrato de suministro de servicios dentales», término que ya viene apareciendo en algunos pronunciamientos judiciales. Se trata de un contrato de suministro *sui generis*, que comprende diversas actividades (de prevención, diagnóstico, tratamiento y de prescripción farmacológica y de otros productos protésicos fabricados por ciertos profesionales técnicos) relativas a las enfermedades y anomalías de los dientes y otros anexos de la cavidad bucal, en suma, es el suministro de bienes materiales e inmateriales necesarios para lo que se puede identificar como «tratamiento dental». *Vid.*, nota núm. 9.

⁴⁵¹ *Vid.*, nota núm. 13.

consentimiento, «o se infiera de la realidad fáctica» probada. (En nuestra opinión, prácticamente la totalidad de las veces, se tratará de una «obligación de medios», porque nunca se podrá dar certeza de conseguir un resultado determinado, aunque se prometa; pues la biología lo impide; aunque como decía Jordano Fraga, en términos jurídicos, depende de dónde se ponga el el punto de mira; si es en el interés del deudor, estaremos en un contrato de mera actividad y cuando se ponga en el interés primario del acreedor, lo que subyace es el resultado al que se tiende: “cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor *del facere*, se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico-profesional o común–, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste– el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego, teleológicamente enderezada”⁴⁵².

Como decimos, el resultado siempre está ahí, lo que ocurre es que, debido a la especialidad de esta actividad odontológica ejercida sobre personas naturales, con una variabilidad biológica constatada, es imposible, creemos, garantizar tal interés del acreedor.

La descripción de Sánchez Abeja sobre las obligaciones del contrato de servicios médicos⁴⁵³ podría adaptarse, a día de hoy y al tema de nuestro estudio y, en mi opinión, seguiría sin encajar dicho contrato en el 1544 CC. Menos aún, referido al «contrato de suministro de asistencia dental» entre profesionales independientes, como contrato conexo con el de servicios dentales o contrato de tratamiento odontológico.

Como muy bien distingue el Profesor Díez-Picazo, hay obligaciones que nacen de «lo expresamente pactado» pero también, por aplicación del art. 1258 CC, nacen otras obligaciones que corresponden con las consecuencias que sean conformes «a la ley, al uso y a la buena fe», en el orden que indicara Lasarte,

⁴⁵² JORDANO FRAGA, F., “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español”, *ADC*, 1985, p. 7.

⁴⁵³ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, pp. 43-218.

en su interpretación del precepto⁴⁵⁴ Así, en el contrato de tratamiento odontológico, el dentista (deudor de la prestación *de facere*) tiene obligaciones que nacen del contrato; la principal, poner los medios para lograr el buen fin de lo convenido («lo expresamente pactado» a través del consentimiento informado); pero también tiene otras obligaciones adicionales, como veremos más adelante, sobre todo cuando despliega su actividad mediante colaboradores.

Por otra parte, como consumidores, el derecho positivo protege a los usuarios de los servicios odontológicos. Máxime en una actividad que gira en torno a la salud, proceso en el que se suceden continuamente periodos de enfermedad y periodos de ausencia de enfermedad, en palabras de Pinilla Domínguez, “una de las características principales de la provisión de servicios de atención bucodental es la de su evolución continua y acumulativa, lo que convierte al paciente en cliente perpetuo con una necesidad constante de tratamiento” (y advierte que debido a la asimetría de información, en ciertas circunstancias, ésta pudiera generar un sobretratamiento, al inducir el dentista una demanda de servicios realmente innecesaria)⁴⁵⁵. Como consumidores, el derecho establece garantías. Por ejemplo, en cuanto a los documentos acreditativos del servicio realizado mediante la factura⁴⁵⁶, pero también exige la constancia de ciertos datos inexcusables en la Historia Clínica, a tenor de

⁴⁵⁴ LASARTE, C., 2019, *op., cit.*, p. 131.

⁴⁵⁵ PINILLA DOMÍNGUEZ, J., “La economía de los servicios de atención bucodental en España”, *Cuad. Econ. I.C.E.*, 2004, 67, pp. 135-159.

⁴⁵⁶ *Cfr.*, Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. (BOE núm. 289, de 1 de diciembre). El odontólogo está obligado a entregar la factura firmada, sellada y desglosada por conceptos de los trabajos realizados «al finalizar el tratamiento», donde se indiquen de manera separada y diferenciada los costes que corresponden al producto sanitario, trabajo de laboratorio y, por tanto, al protésico dental, en su caso; y los honorarios que cobra el facultativo por su trabajo y donde se explicita que dicha factura está exenta de IVA. La incongruencia se plasma en el artículo 11.1 del Reglamento, que establece que las facturas deberán ser expedidas «en el momento de realizarse la operación» y, como excepción, si se pagara por adelantado (caso, por ejemplo, muy común actualmente, por la financiación mediante créditos vinculados), la factura habría que realizarla «en el momento del pago», a tenor del artículo 2.1. del Reglamento.

la legislación especial sanitaria, contenida principalmente en la LAP y en las regulaciones autonómicas⁴⁵⁷.

El cliente/paciente/consumidor no desconoce que los productos sanitarios dentales –tales como, prótesis, elementos de ortodoncia o cualquier otro tipo de aparato– están considerados productos sanitarios a medida y puede solicitar al dentista los datos del protésico/fabricante, a través de la «declaración de conformidad»⁴⁵⁸ correspondiente, y recabar la composición del producto, tanto al dentista como al fabricante, Protésico dental. A nuestro entender, quedaría fuera de contexto la afirmación de Sánchez Gómez sobre la supuesta obligación de resultado o el amparo de la afirmación que hace sobre la responsabilidad del Protésico dental sobre las prótesis defectuosas que elabore o suministre, puesto que en todo caso, quien decide colocarlas es el dentista y si son defectuosas, no puede colocarlas en boca, debiendo volver a realizar la prescripción correspondiente, competencia exclusiva del dentista, según el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio⁴⁵⁹. También la de Badenas Carpio, quien afirma que los protésicos dentales “no pueden ser contemplados

⁴⁵⁷ *Vid.*, nota núm. 9.

⁴⁵⁸ Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios. (BOE núm. 268, de 6 de noviembre). Las prótesis son consideradas “productos sanitarios a medida” (artículo 26) y deberá constar en la historia clínica la «declaración de conformidad» del fabricante. Este documento, que debe expedir el protésico, tiene que incluir obligatoriamente lo siguiente:

1. El nombre y dirección del fabricante.
2. Los datos que permitan identificar el producto en cuestión.
3. La afirmación de que el producto se destina a ser utilizado exclusivamente por un paciente determinado, y el nombre de dicho paciente, un acrónimo o un código numérico que permita identificar a dicho paciente.
4. El nombre del médico o persona autorizada (odontólogo o estomatólogo) que haya hecho la prescripción correspondiente y, en su caso el nombre del centro sanitario.
5. Las características específicas del producto indicadas en la prescripción.
6. La declaración de que el producto en cuestión se ajusta a los requisitos esenciales establecidos en el Anexo I del Real Decreto 1591/2009, y, en su caso, la indicación de los requisitos esenciales que no se hayan cumplido completamente, indicando los motivos.

⁴⁵⁹ *N.B.* El artículo 140 e) TRLGDCU admite que el productor no será responsable si prueba “(q)ue el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”. Además, el apartado b) del mismo artículo permite exonerar la responsabilidad si “dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto”. Lo cual, puesto en relación con el artículo 138.1, es aplicable al Odontólogo como “suministrador” o “distribuidor” de la prótesis, ya que realmente, la colocación en boca la tiene vedada el Protésico dental.

como personal sanitario”⁴⁶⁰, pues así se les considera legalmente, por remisión que hace la ley 44/2003 a la Ley 10/1986. La relación entre dentista y protésico (al igual que pasa con otros profesionales independientes) constituye un contrato entre ambos, de naturaleza mercantil, pues ambos actúan en dicho contrato como empresarios y el destino de los bienes, en el caso del Protésico dental (o de los servicios dentales, suministrados por los especialistas independientes), no los consume el deudor del contrato principal, sino que se destinan al paciente (y el dentista obtiene un lucro derivado de esta operación).

La única forma que tiene el paciente, acreedor del contrato de tratamiento dental, de pedir responsabilidad al Protésico, sería que el defecto de la prótesis estuviera oculto o se hubiera falseado la declaración de conformidad, sin que el dentista pudiera haber advertido tal defecto. En ese caso (y solo ese), ante la existencia de un daño, el demandante que quisiera ampararse en la legislación de consumo, tendría que probar no solo el daño, sino el nexo causal con el defecto y entonces, solo entonces, podría actuar directamente contra el fabricante, según lo previsto en el Real Decreto 1594/1994, que se refuerza con el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los Medicamentos y productos sanitarios⁴⁶¹.

Desde la perspectiva anterior (y claramente en la medicina asistencial), el contrato de tratamiento odontológico puede observarse como el contrato de servicios *sui generis* por el que a cambio de un precio, el consumidor obtiene determinadas actividades de prevención, de diagnóstico o de tratamiento, relativas a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos –las cuales podrán incluir o no, como decimos, el suministro de prótesis y productos sanitarios fabricados por otros profesionales (pues su confección les está expresamente vedada a los dentistas, en favor de técnicos) y/o el suministro de otros servicios dentales a

⁴⁶⁰ Cfr., BADENAS CARPIO, J. M., “Responsabilidad civil de los odontólogos, estomatólogos y protésicos dentales”, *Rev. Aranzadi Civil Mercantil*, 1996; (I), online www.aranzadigital.es.

⁴⁶¹ *Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* (BOE núm. 177 de 25 de julio).

través de profesionales diferentes e independientes del principal (en definitiva, de empresarios mercantiles que contratan con el principal, también empresario, su actuación sobre el destinatario final del contrato principal: el paciente, o acreedor de la prestación de *facere*)—.

En consonancia con esta concepción, se desprenden elementos personales constitutivos del contrato de tratamiento dental. Por una parte, el «prestador/deudor de la prestación», quien se obliga no a prestar un servicio cualquiera, sino a una prestación fundamentalmente de hacer, pero de forma diligente, (en nuestro caso, el dentista); y, por otra parte, el consumidor en sentido amplio, quien es «el acreedor» de la actividad y a su vez, deudor sinalagmático del pago de un precio cierto: el paciente (o consumidor, porque no hay que olvidar que el paciente en el Siglo XXI, cada vez más adopta comportamientos de consumidor, es “mucho más activo [...] consciente de la libertad que tiene de consentir un tratamiento”⁴⁶² y “ha adquirido conductas de consumidor”⁴⁶³, lo que ocasiona que ya muchos usuarios “no acepten que se les trate como pacientes en el sentido convencional, sino como «consumidores» de asistencia odontológica”⁴⁶⁴).

Estamos convencidos que la celeridad del tráfico jurídico, la generalización de contratos de crédito vinculado⁴⁶⁵, así como la competencia agresiva —a la que ha sido permeable el sector dental tradicional—, junto con esta actitud consumista del paciente/cliente/usuario de servicios dentales, ha

⁴⁶² *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 2013, *op. cit.*, pp. 747-765; *Cfr.*, PARRA LUCÁN, M. A., *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Ed. Reus, Zaragoza, 2011, pp. 261-263.

⁴⁶³ *Vid.*, LIFSHITZ, A., 2003, *op. cit.*

⁴⁶⁴ *Vid.*, CABEZA MARTÍNEZ, A., 2009, *op. cit.*

⁴⁶⁵ *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, A., 2014, *op. cit.*, pp. 25-64. La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, establece la unidad funcional entre ambos contratos, de lo que resulta, como ya hemos explicado y sostiene la autora, que “constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo”, de tal modo que ante la ineficacia por desistimiento respecto del contrato “financiado total o parcialmente mediante un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor”. En el caso de los contratos principales de tratamiento dental, es muy frecuente en la actividad, este tipo de crédito vinculado a su financiación, que, a menudo, se exige el pago de la prestación dineraria al paciente por adelantado y se le ofrece simultáneamente su financiación, mediante el contrato de crédito al consumo (contrato conexo tipificado legalmente).

podido mutar el contrato de servicios dentales hacia su concepción como contrato de servicios sanitarios dentales *sui generis* (o mixto). Pues, como hemos mencionado, se trataría en realidad de un contrato de tratamiento odontológico (que comprende servicios y actividades, pero también de bienes y productos sanitarios) que se celebraría entre el acreedor de tales servicios (paciente/cliente/consumidor) y el deudor de la mera prestación diligente de hacer (dentista, en la mayoría de los casos, profesional autónomo, o persona jurídica) y cuyas especialísimas prestaciones son de carácter variable, en función de las necesidades de salud dental del usuario y que genera obligaciones para el dentista de medios, principalmente; o bien de resultado, de forma muy excepcional (cosa que ya hemos aclarado parecería ser imposible, pues el interés del acreedor –resultado al que teleológicamente se orienta el contrato– queda fuera del mismo, agotándose el interés del contrato en la realización diligente de la prestación de hacer por parte del deudor).

En nuestra opinión, nada hay que impida calificar el contrato de tratamiento odontológico como contrato de consumo y, en ciertos casos –cuando intervienen los denominados colaboradores externos independientes del principal, sean personas físicas “especialistas” autónomos, o personas jurídicas (mercantiles)–, incluso podemos hablar de un «contrato de suministro de servicios sanitarios», en terminología adoptada por ejemplo, en la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 13 de febrero de 2014, aunque está presente también en otras resoluciones judiciales⁴⁶⁶.

Debemos pensar que el especialísimo objeto del contrato de tratamiento odontológico, en general, trata de proveer los servicios, actividades y productos sanitarios dentro de un proceso sin solución de continuidad entre enfermedad y salud; que –como sostenemos *ut supra*– por definición, forman un proceso continuo, alternando periodos de salud con periodos antagónicos de enfermedad, por lo que nada hay en la concepción de la relación paciente-

⁴⁶⁶ *Cfr.*, SAP TF núm. 1351/2014 de 13 de febrero (Id Cendoj: 38038370042014100033); SAP B núm. 10845/2014, de 9 de octubre (Id Cendoj: 08019370152014100297), SAP PO núm. 15/2016, de 9 de febrero (Id Cendoj: 36038370032016100008); SAP SE núm. 1975/2016, de 15 de septiembre (Id Cendoj: 41091370052016100315); SAP M núm. 829/2007, de 25 de enero (Id Cendoj: 28079370282007100024); SAP P núm. 462/2004, de 16 de septiembre (Id Cendoj: 34120370012004100422); SAP CS núm. 485/2006, de 1 de junio (2006 - ECLI: ES:APCS:2006:485 (Id Cendoj: 12040370032006100159), entre otras.

dentista que no pueda englobarse como contrato de consumo, en el cual los requerimientos de tratamiento dental serán proporcionales al consumo por parte del paciente, en función de sus necesidades sanitarias.

Para conocer qué se ha convenido realmente, resulta imprescindible conocer la voluntad (*cum-sentire*), la esencia del negocio jurídico⁴⁶⁷, hemos intentado caracterizar lo que sucede en realidad entre el dentista y el paciente, poniendo de relieve el papel de “los otros” actores que configuran la pirámide en la que se convierte el tratamiento dental, cuyo contrato subyacente no deja de ser una variedad *sui generis* de contrato de de servicios odontológicos con tipificación social. Pues, aunque el primer principio que rige en materia contractual sea el de la autonomía de la voluntad⁴⁶⁸, no podemos soslayar el hecho de que existen limitaciones frente e ella, reguladas tanto por el propio Código civil (artículo 1255, como expusimos antes) como cada vez más por el Estado, lo que ocasiona que “hoy en día la autonomía de la voluntad se encuentre limitada básicamente en aquellos supuestos en que alguna de las partes contratantes goza de supremacía en el mercado”⁴⁶⁹; y no se puede negar que el paciente está en una posición más débil frente al dentista, por lo que la limitación de la autonomía de la voluntad, con base no solo en la LAP, sino sobre todo en la regulación de consumidores está más que justificada⁴⁷⁰.

Queremos realizar un análisis fáctico y fenoménico de la relación paciente-dentista, con el objetivo de de estudiar el contenido de dicho contrato, no solo de inferir los elementos que caracterizan el contrato que subyace a dicha relación, en la que tras un proceso previo y regulado legalmente de información sobre el diagnóstico alternativas y riesgos derivados del tratamiento propuesto, el usuario consiente un determinado

⁴⁶⁷ CONTRERAS, F., “La idea de espíritu del pueblo en F.C. v. Savigny”, *An. Cát. F. Suárez*, 2001, p. 164, donde la “conciencia común del pueblo” o “convicción común del pueblo” (*Volkgeist*) es el verdadero sujeto creador del Derecho, verdadera fuerza creadora del Derecho.

⁴⁶⁸ ORDUÑA, F. J., y CAMPUZANO, A. B., (Dirs.), 2015, *op., cit.*, pp. 209 y 210.

⁴⁶⁹ *Ídem*.

⁴⁷⁰ VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*. La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pp. 292 y ss.

procedimiento diagnóstico o terapéutico relativo a las anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos. El usuario consiente con la otra parte, el dentista, quien se compromete a cambio de un precio a prestar una combinación de servicios científico-técnicos, así como realizar una actividad consistente en prestar diligentemente una serie de procedimientos; incluyendo entre ellos, la colocación los productos farmacéuticos prescritos por él, productos o servicios que habrán sido realizados bajo su dirección, o no, por determinados actores con categoría jurídica de auxiliares del principal o con categoría jurídica de contratistas independientes y que en ciertos casos se sitúan fuera de la relación que le une al deudor con el acreedor, como veremos más adelante.

Nuestra tesis tiene que ver con el encuadre del contrato que subyace a esta relación por la cual el consumidor, tras conocer las alternativas y aceptando los riesgos que se le exponen, otorga su consentimiento informado sobre un determinado procedimiento. Es entonces cuando pone su salud bucodental en manos del dentista, como contrato de tratamiento odontológico, básicamente de servicios, pero que tienden a conseguir un resultado (interés del acreedor que, insisto, no está en dentro de la obligación del deudor principal, aunque constituye el objetivo del deudor y causa de la prestación de actividad diligente de éste).

Siendo la salud un proceso continuo en el que sucesivamente hay salud cuando no hay enfermedad –y viceversa–, el contrato de servicios dentales podría considerarse, por lo tanto, como un «contrato de consumo».

El artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los “servicios sanitarios”, expresión ésta que puede aplicarse a los profesionales sanitarios individualmente considerados si prestan tales servicios como empresarios, siempre que no trabajen como asalariados, por lo que los dentistas que atienden personalmente a los pacientes por cuenta propia como autónomos, entran dentro de la definición de «empresario» del art. 4 TRLDCU y en nuestra opinión, el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el art. 148 TRLC les debería ser

aplicado⁴⁷¹. Cosa que no casa muy bien con la doctrina jurisprudencial actual, como analizaremos más adelante, pues los tribunales destierran la aplicación de las normas del TRLGDCU en cuanto a la actividad del sanitario, pues consideran que su obligación es siempre de medios, y que la responsabilidad es en todo caso subjetiva; reservándola únicamente para aspectos de organización o funcionamiento de los servicios sanitarios.

En Odontología, el resultado por ejemplo de la pérdida total de visión de un ojo por efecto de una inyección de anestesia, o la muerte producida por la caída sobre el paciente de un aparato de RX no suficientemente anclado a la pared; o por el atragantamiento con una prótesis dental recién colocada en boca –por mencionar algunos casos, sin ánimo alguno de exhaustividad–, podría considerarse un resultado claramente desproporcionado. En estos casos, la demanda podría fundamentarse en el art. 148 TRLC a fin de exigir responsabilidad al dentista-empresario sin necesidad de probar el demandante la existencia de culpa o negligencia por parte del demandado.

Claro, que los tribunales acojan la normativa de consumidores y usuarios, hoy día, resulta casi imposible. Una vez probado el daño y su relación causal con la actividad sanitaria, el dentista podría oponer alguna causa de exoneración de la responsabilidad –por ejemplo, la culpa del demandante–. Incluso podría moderarse la responsabilidad si pudiera compensarse de alguna manera el comportamiento objetivamente culpable del dentista, con el comportamiento del demandante, entendiendo éste como una verdadera “concausa”, que deberá de valorarse en cada caso concreto.

Sin embargo, el artículo 128 del RDL 1/2007, sobre la indemnización de daños, recalca que “todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos” en el Libro tercero, “por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios” y sin que las acciones indemnizatorias

⁴⁷¹ *N.B.* la mayor parte de la asistencia dental se realiza en centros sanitarios denominados clínicas dentales, principalmente clínicas privadas individuales, lo cual hace que sobre el dentista –persona natural– recaigan también las responsabilidades empresariales, dado que estos centros sanitarios deben estar gestionados por un dentista que es a su vez director del centro sanitario: la gestión administrativa y el control tanto del personal, como de las existencias, mantenimiento y esterilización de materiales e instrumental, y de otros muchos procesos son responsabilidades que asume el profesional.

que emprendan al respecto, “afecten a otros derechos” que asistan a éste, “por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”. Lo que refuerza (y no excluye) cuantas otras acciones indemnizatorias ejerzan los consumidores perjudicados por bienes o servicios defectuosos.

La relación paciente-dentista, como relación médico-paciente que es, se suele calificar por la doctrina –como apuntábamos antes– como un contrato de actuación médica, contrato de servicios médicos, o contrato de arrendamiento de servicios, pudiendo en ocasiones tratarse de un arrendamiento de obra en función de que se garanticen los resultados⁴⁷². Pero ya hemos señalado *ut supra* que la regulación del contrato del arrendamiento de servicios precisa una reforma “de calado”; por lo que la doctrina ansiaba una regulación positiva, como planteábamos en la Introducción, que comenzó a elaborar el *Study Group on European a European Civil Code* (Grupo de estudio sobre un código civil europeo) y que el DCFR mantiene como propuesta, contemplando el «contrato de tratamiento médico» dentro de las diversas modalidades de contrato de servicios por el que «el profesional sanitario se compromete a proporcionar un tratamiento médico al cliente» como una obligación de medios, ampliando el contenido de la información que debe darle al cliente en la faceta de medicina «voluntaria»; es decir, en este caso, el proveedor del servicio ha de proporcionar al cliente información sobre todos los riesgos conocidos.

De hecho, insistimos, el DCFR propone la ubicación del contrato de servicios médicos en la categoría de contrato de servicios (en nuestra opinión, compatible con su encuadre como contrato de consumo, en la noción subjetiva amplia de consumidor, que interviene en el tráfico jurídico buecando un interés que queda fuera de las obligaciones contractuales del deudor, en tanto

⁴⁷² *N.B.* Sin embargo, insistimos en la idea que esto no es posible en Odontología, por la aleatoriedad que tiene trabajar sobre un ente biológico. Nunca se puede asegurar el resultado, por lo que nunca habrá un contrato de obra.

en cuanto ésta se agota cuando se despliega una prestación de hacer o mera actividad diligente). De todas formas, el contrato puede tener la denominación que se quiera, y la misma resultará irrelevante por cuanto lo que verdaderamente importa son los rasgos que tenga dicha relación, independientemente de la denominación que las partes le den al contrato (siguiendo la teoría del «*nomen iuris*») “que es objeto de diversas denominaciones por la doctrina lo que, en ningún caso, afecta a su contenido”⁴⁷³; es decir, a lo que *íntimamente* se quiere convenir, a la “esencia”⁴⁷⁴ del contrato al albur del art. 1255 CC.

Como veremos más adelante, en sede de responsabilidad, lejos de complicarse, el panorama se aclara con esta concepción de la actividad sanitaria dental como contrato de tratamiento dental, dentro del ámbito de consumo y, en algunos casos alcanza tintes mercantiles (como contrato de suministro de asistencia dental, cuando el deudor principal del contrato de tratamiento dental –el dentista– “subcontrata” con otros profesionales independientes determinados elementos de la prestación). En este ámbito, veremos, el deudor principal de la prestación dental tendrá responsabilidad frente al paciente/acreedor; en los términos en los que se haya consentido, sin perjuicio de la acción de regreso⁴⁷⁵ que éste pueda tener frente al verdadero responsable del incumplimiento; (y es como debe ser), aunque conviene diferenciar entre la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y la responsabilidad del principal por los actos de los colaboradores, cuando éstos son “contratistas independientes”, como mencionamos antes –y volveremos a tratar más adelante–, pues estos últimos pueden responder por

⁴⁷³ *Cfr.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op., cit.*, 1998, p. 29. La autora recoge terminología como «contrato de servicios médicos» (FERNÁNDEZ COSTALES), «contrato asistencial o contrato médico» (MARTÍNEZ-CALCERRADA), o «contrato de atención médica» (SANTOSBRIZ).

⁴⁷⁴ *Cfr.*, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 421.

⁴⁷⁵ *N.B.* Entre dentista y colaborador (o auxiliar) existe una relación interna en la que ambos están ligados como deudores solidarios entre sí. El artículo 1145 CC prevé el nacimiento de una acción de reembolso contra los demás deudores solitarios de la parte que corresponde a cada uno, más los intereses y gastos cuando se da la situación de cumplimiento íntegro de la prestación por parte de uno de los deudores, por ejemplo, cuando el dentista se ve obligado a indemnizar al paciente en base al 1257 CC, por incumplimiento achacable al colaborador o al auxiliar. Quizás estemos ante la última profesión liberal...

el hecho propio, pues actúan sobre el acreedor del principal, pudiendo ocasionar daños extrapatrimoniales, ya sean corporales o morales.

De todas formas, cae en el campo del Derecho Civil todo lo relativo al ámbito del receptor del servicio —sea o no considerado como un *consumidor* o *usuario*— y estará sujeto a las reglas sobre obligaciones y contratos del Código civil.

Como hemos explicado en la introducción, y veremos detenidamente en el capítulo siguiente, la responsabilidad civil será *contractual* si las obligaciones incumplidas nacen de un acuerdo de voluntades y será *extracontractual* cuando se produzca el supuesto de hecho del artículo 1902 CC. [Es decir, fuera del marco contractual, encontramos situaciones en las que la obligación del dentista tiene naturaleza de relación jurídica extracontractual; por ejemplo, cuando el deber de actuar proviene directamente de la ley, que le vincula con el paciente de forma ineludible (por ejemplo, en situaciones de riesgo vital y no pueda el paciente consentir la intervención de que se trate)].

La exigibilidad de las obligaciones contractuales viene recogida de manera inequívoca en los artículos 1089, 1091 y 1258 CC, tal y como hemos explicado y en la esfera contractual sanitaria, “tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, las cuales deben cumplirse al tenor de los mismos y también al tenor de los dictados de la buena fe, los usos y la ley. Los derechos y obligaciones del médico y del paciente se desvinculan en cierto modo de su origen contractual y pasan a ser impuestos por la Ley a toda prestación de servicios profesionales”⁴⁷⁶. Hay que tener en cuenta que, en todos los casos —reiteramos—, el dentista cumple con el paciente no solo prestando los servicios pactados, sino también a aquellos legalmente implícitos a los que está obligado *ex* artículo 1258 CC y asumiendo responsabilidad plena y directa en virtud del artículo 1257 CC que establece que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan; sin perjuicio de poder repercutir, dado

⁴⁷⁶ HERNÁNDEZ GIL, A., y HERNÁNDEZ MORENO, J., *Responsabilidad legal del médico. Prevención diagnóstico y tratamiento*. MasterLine, Madrid, 2005, p. 47.

el caso, contra quien por culpa, negligencia o morosidad haya incumplido sus obligaciones inherentes al pacto que hubiera adquirido con el paciente dentro de la relación piramidal que estamos definiendo.

Pero en las obligaciones sinalagmáticas, como es el caso del contrato de tratamiento odontológico, cabe la acción resolutoria (o bien, la acción de cumplimiento que, si no fuera ya posible, podría sustituirse por el cumplimiento forzoso o bien su reemplazo a costa del deudor) en base al artículo 1124 CC, ambas compatibles con la «acción de resarcimiento de daños y abono de intereses».

En la resolución contractual del 1124, Díez-Picazo sostiene que “no va, propiamente hablando, contra el negocio, ni lo hace ineficaz. Va contra la relación jurídica que el negocio había originado o dado vida. La tutela no se produce por el carácter anómalo del negocio, sino por el anormal desenvolvimiento de la relación contractual. Y no es por ello una acción dirigida a provocar la ineficacia del negocio. El negocio fue eficaz en el momento de celebrarse y continúa siendo eficaz. La acción busca poner fin a la relación obligatoria, con recuperación de las atribuciones realizadas y con una desvinculación posterior de los contratantes”⁴⁷⁷.

La resolución por incumplimiento, que era desconocida en los contratos romanos, y tras una evolución medieval permisiva en los contratos innominados, alcanza en la Edad Moderna su protoconceptualización como «resolución por incumplimiento» –por la vía de excepción (*adimpleti contractus*), cuando el otro no ha cumplido, según Rodríguez-Rosado, “la resolución por incumplimiento fue recogida, limitadamente, en la condificación prusiana, y con mayor extensión y generalidad en el art. 1.184 del Código Civil francés.”⁴⁷⁸.

En nuestro Derecho, los presupuestos de la resolución de incumplimiento exigen *ex* artículo 1124 CC, matizar la «inicial simplicidad» que muestra el precepto (“que entre las partes exista una relación obligatoria de carácter

⁴⁷⁷ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L., 2008, *op.*, *cit.*, p. 815.

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *op.*, *cit.*, p. 45.

sinalagmático u «obligaciones recíprocas», como el artículo las denomina; y que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe); en el sentido siguiente: hace falta la existencia de vínculo contractual «vigente», siendo partidario de que resulta “admisible la resolución por el carácter defectuoso de la prestación, la posterior aparición de los defectos, aun tratándose de prestaciones plenamente ejecutadas y de contratos consumados” mientras la acción resolutoria “no haya prescrito o su ejercicio no se considere contrario a la buena fe”, siendo parte legitimada activamente para ejercitar tal acción, la que hubiera cumplido con su prestación, frente a la incumplidora, incluso cuando se haya dado lo que denomina «incumplimiento parcial» o bien, defectuoso. También incluye el retraso “cuando produce una frustración del fin práctico perseguido por el negocio y cuando crea en el otro contratante una situación de espera que resulta intolerable y que hace perder su interés a la contraprestación”. Aún en casos extremos, ex artículo 1274 CC, se justifica la resolución por «imposibilidad sobrevenida» de cumplimiento, por causas fortuitas (pues, explica, «sobrevenida desaparición» de la causa de la obligación recíproca, “la resolución queda justificada” (lo cual, aclara, “es la única regla que protege adecuadamente los intereses del contratante acreedor, porque si la prestación adversa no es ya posible, no tiene especial sentido continuar exigiéndole el cumplimiento de su prestación”. Por otra parte, la facultad resolutoria tiene posibilidad de ejercicio de forma extrajudicial, además de judicial. Y el incumplimiento debe ser grave o esencial, citando los PECLs, cuando lo equipara al incumplimiento esencial; esto es, “aquél que priva sustancialmente a la parte que lo sufre de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que frustra la finalidad perseguida por él”, a aquél otro que es intencional y que permite a la parte que lo ha sufrido creer que ya no podrá confiar en un futuro cumplimiento (con cita del artículo 8103 PECL) ⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Díez-PICAZO, L., 2008, *op. cit.*, pp. 816 y ss. *Cfr.*, RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *op. cit.*, pp. 48 y ss. Entre los *nacientes textos del derecho unificador*, cita el autor la Convención de Viena, de 1980, o los PECL y el DCFR. *Vid.*, CARRASCO PERERA, Á., 2012, *op. cit.*, p. 331, cuando señala como “territorio por explorar”, en sede de consumidores, encontrar “un modelo común de remedio resolutorio específico de los contratos de consumo, que sea capaz de integrar los cuatro modelos que al respecto existen dispersamente en el *acquis consumerista*”, describiendo estos como jerarquía de remedios y resolución como último recurso del artículo 121 TRLGDCU, la resolución subordinada a la concesión de un plazo suplementario de cumplimiento art. 18 de la Directiva 2011/83 de la UE, la posibilidad de poner fin al

Evidentemente, lo más lógico es que, intuitivamente, el acreedor persiga su interés en el cumplimiento del contrato (es decir, que el paciente inste la realización de la actividad pactada, de forma extrajudicial generalmente). Lo que ocurre es que este artículo permite al acreedor que ha cumplido con su obligación principal del pago del precio por el tratamiento dental “una acción de desistimiento del negocio, justificada por el incumplimiento de la otra parte”⁴⁸⁰.

Arroyo Amayuelas sostiene que la resolución del contrato, remedio que recordemos, no es ajeno a todos los sistemas jurídicos europeos, se trata de “una alternativa a la facultad de exigir el cumplimiento que se da en contratos bilaterales con obligaciones recíprocas. Si quien ha cumplido o está dispuesto a cumplir continúa interesado en el mantenimiento de la obligación de la contraparte, solicitará su cumplimiento. Si, por el contrario, pierde el interés, la ley le faculta para resolver el contrato”⁴⁸¹.

De conformidad con el art. 1124 CC, la parte cumplidora tiene la facultad de exigir la resolución del contrato⁴⁸², o bien, el cumplimiento de lo acordado

contrato ante un incumplimiento sustancial, del artículo 114.1 CESL; y la posibilidad de hacerlo ante cualquier falta de cumplimiento que exceda de lo trivial, del art. 114. 2 CESL. Propuestas europeas estas últimas, en el ámbito del contrato de compraventa, modelo por excelencia de contrato sinalagmático, pero que en sede de consumo debe ofrecer cierta protección al acreedor. *Vid.*, VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el derecho de consumo y el derecho contractual general”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012a, pp. 423 y ss. De hecho, en las propuestas del DCFR y, en general, las demás propuestas unificadoras, como el CELS, “sólo parece que existan dos tipos contractuales: la compraventa y el contrato de servicios”. Aunque el CELS, explica, se aplicaría tan solo a los contratos de servicios determinados en la propuesta, que, por otro lado, dice, no define tampoco el contrato de servicios como tal. Aún en estas condiciones, es interesante recordar que, salvando las distancias con respecto al tema que nos ocupa, la propuesta CESL, seguidora del DCFR, propone en relación a las obligaciones del deudor, la diligencia «obligation of skill and care» del prestador de servicios, a tenor de su artículo IV:C-2:105, como señala en las pp. 438-442; y, lo que es más importante, que en ese ámbito objetivo se propone que la noción de *incumplimiento* de la obligación descase “aunque sea solo parcialmente, sobre la falta de conformidad de la prestación”. Algo que, por analogía podría pensarse en el contrato de servicios médicos en general; ya que este marco europeo resulta “decepcionante [...], muy parcial, solo para un número limitado de servicios, y sin ninguna sistematicidad”.

⁴⁸⁰ *Cfr.*, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., 2017, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁸¹ ARROYO AMAYUELAS, E., *El derecho del acreedor a resolver el contrato: entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable*, en ATAZ LÓPEZ, J., y GARCÍA PÉREZ, C. L., (Coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Capítulo 6, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2019, pp. 191 y ss.

⁴⁸² *N.B.* Los tribunales acogen el «abandono del tratamiento» como interrupción del nexo causal, exonerando injustamente, en demasiadas ocasiones, al profesional que no cumplió debidamente sus

en el contrato litigioso ante el incumplimiento de obligaciones del otro contratante, además de reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios en ambos casos; es decir, pagado el precio y cumplidas las exigencias de la buena fe por parte del paciente/cliente/consumidor (la obligación del usuario no solo de pagar unos honorarios, sino de colaborar de buena fe a la consecución del objeto del contrato, acudiendo a las citas, siguiendo las recomendaciones del dentista, y otras obligaciones accesorias), precisamente, porque el paciente contrata con el dentista, la responsabilidad final por el cumplimiento del contrato la asume el dentista/clínica dental en su categoría de centro sanitario; incluso si determinadas parcelas del trabajo sobre el paciente las realizara otro profesional (salvo que no exista ninguna dependencia con respecto al dentista por parte del colaborador especialista –que actúa entonces como colaborador independiente, como veremos–, en cuyo caso, éste podría responder directamente por los daños o perjuicios indemnizables, causados al paciente).

Arroyo Amayuelas finalmente, indica que en otros ordenamientos de nuestro entorno existen ciertas particularidades diferentes. Por ejemplo, el legislador alemán considera preferible que sea el acreedor quien resuelva unilateralmente el contrato y de forma extrajudicial, previo establecimiento de un plazo al deudor para que cumpla o corrija⁴⁸³ (caso que estimamos poco operativo en lo que al contrato de tratamiento odontológico se refiere, en los que es preferible prescindir de dicho plazo), en el Código francés, se exige que el incumplimiento sea grave (previa *mise en demeure* o constitución de mora infructuosa, de cuyo plazo también se puede prescindir “seguramente

obligaciones, cuando el usuario cansado de esperar la prestación contratada (y pagada) decide resolver el contrato. El problema es que, al asumir como obligación de medios del dentista, los tribunales no suelen identificar un incumplimiento, cuando el “tratamiento” sobrepasa con creces el tiempo que se presupuestó, o bien no se alcanzan nunca resultados satisfactorios. El problema de la resolución por parte del usuario viene por la indefinición de la misma, y la alegación de contrario de un supuesto desistimiento unilateral exonerador de la responsabilidad del verdadero incumplidor.

⁴⁸³ ARROYO AMAYUELAS, E., 2019, *op. cit.*, p. 195. Aclara que “el acreedor puede prescindir de fijar plazo cuando la reparación como la sustitución sean imposibles”.

también si el incumplimiento es definitivo”), pero revisable judicialmente si se ha declarado extrajudicialmente⁴⁸⁴.

En el Derecho contractual español, desde el siglo XIX y claramente desde la promulgación del Código civil, se acoge la resolución por incumplimiento “como remedio resolutorio aplicable en general a todos los contratos”⁴⁸⁵, y la jurisprudencia exige una serie de requisitos⁴⁸⁶ para el ejercicio de la acción de resolución: según Bercovitz y Rodríguez-Cano, ha de tratarse de una obligación recíproca, (así como del negocio jurídico que lo haya originado), un incumplimiento grave, que bien afecte a la totalidad de la obligación incumplida, o a una parte importante de la misma, en términos cuantitativos o cualitativos; que tenga el carácter de definitivo, por ser imposible o carecer de sentido un cumplimiento ulterior; que la otra parte (la legitimada para el ejercicio de la acción) no haya incumplido; pudiendo ejercitarse como excepción de incumplimiento (*exceptio nos adimpleti contractus*), de acuerdo con los artículos 1124, 1100 y 1308 CC. “La acción puede ejercerse tanto judicial como extrajudicialmente” y se trata de un derecho potestativo, que va acompañada “frecuentemente de una acción restitutoria, así como de daños y perjuicios”. Los efectos de la resolución tienen “carácter retroactivo”. No obstante, afirma, “en las obligaciones duraderas o de tracto sucesivo los efectos de la resolución suelen ser *ex nunc*.”⁴⁸⁷. Lo que es importante en el caso de la resolución del contrato de tratamiento odontológico es que los efectos de la resolución se darán desde que ésta se produzca, en adelante (con el consiguiente impacto sobre el cálculo de las indemnizaciones por responsabilidad del deudor y el interés primario del acreedor).

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 198.

⁴⁸⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁸⁶ CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 1227. El incumplimiento debe ser esencial, con gravedad y sustancial. “La jurisprudencia española exige que el incumplimiento resolutorio alcance un grado suficiente de intensidad [...] no es, en principio, la esencialidad del incumplimiento, sino de la obligación incumplida”.

⁴⁸⁷ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R., 2017, *op. cit.*, pp. 211-212.

Todas estas acciones (cuando no sean incompatibles entre sí, como ocurre entre la acción de cumplimiento y la de resolución), serán compatibles con las recogidas en el TRLGDCU, como veremos en el capítulo siguiente, para así dar cumplimiento a la defensa reforzada de la parte débil del contrato: el consumidor. Así lo vislumbra Díez-Picazo, cuando al referirse a la influencia del mercado, afirma que existe lo que él denomina una «erosión en la teoría tradicional de las obligaciones» que evidencia “la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos”⁴⁸⁸.

2.3. Contenido del contrato y naturaleza de la obligación del dentista

Recordemos que el consentimiento informado en Odontología se refiere a las alternativas y riesgos del procedimiento dental del que se trate. En este sentido, la «información precontractual» alcanza el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del proceso que se trate, y los riesgos previsibles⁴⁸⁹.

Como consumidor, el paciente/cliente dental está amparado, además, por lo preceptuado en los artículos 60 y 61 del RDL 1/2007, de 30 de noviembre, relativos a la información previa al contrato y a la integración de la oferta, promoción y publicidad; por los cuales, tiene derecho, por ejemplo, a que se le dé por escrito un presupuesto completo del tratamiento incluyendo en él los descuentos o los conceptos que se le van a cobrar aparte, una “información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. ¿Será ese su contenido, su esencia?

⁴⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, L., 2008, *op., cit.*, pp. 71-72.

⁴⁸⁹ MIRALLAS MARTÍNEZ, J.A., “Medicina defensiva y Consentimiento informado en rehabilitación”, *Rehabilitación* (Madr), 2003, p. 66.

2.3.1. Contenido del contrato. Obligaciones de las partes

Antes de estudiar las obligaciones que emanan del contrato, parece lógico inferir que habría que estudiar «el contenido» del mismo. Por «contenido del contrato» debemos entender “diversas reglas de conducta” establecidas en el contrato, o “lo que el contrato lleva dentro de sí, aquello que constituye su más íntima sustancia; en definitiva, lo que en verdad es y aquello en que consiste”⁴⁹⁰.

Hay autores que sobre esta segunda acepción, la sustancia del contrato, sostienen que el “*actus medicus* se divide en actos de prevención, actos de diagnóstico, actos de prescripción, actos de tratamiento, actos de rehabilitación y otros tipos de actos”⁴⁹¹. En ese sentido, el contenido del contrato de tratamiento odontológico podría aproximarse, caracterizado como contrato de servicios *sui generis*, formalizado entre el acreedor y el deudor de la prestación de hacer que comprende diversas actividades (de prevención, diagnóstico, tratamiento y de prescripción farmacológica y de otros productos protésicos fabricados por ciertos profesionales técnicos) relativas a las enfermedades y anomalías de los dientes y otros anexos de la cavidad bucal, en suma, el «tratamiento dental», en la definición que hiciéramos⁴⁹².

Morales Moreno entiende el contrato como una forma de distribución de riesgos entre las partes⁴⁹³, que cuando contratan configuran a cargo de qué parte irán las consecuencias de un incumplimiento, es decir, una regla de conducta para la imputación del daño a alguno de los contratantes. Lo que tendrá importancia en relación a la responsabilidad por incumplimiento. Así,

⁴⁹⁰ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 421. Se diferencia así nítidamente el «contenido» de los «elementos». Los elementos son, por decirlo de algún modo (dice), los ingredientes que entran a formar parte de la composición de contrato.

⁴⁹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., 2004, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁴⁹² *Vid.*, nota núm. 9.

⁴⁹³ MORALES MORENO, A. M., “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, *Cuadernos de análisis jurídico*, 2011, 7, p. 279.

el consentimiento informado constituye un mecanismo configurador del contrato, distribuidor de riesgos entre paciente y dentista, entre acreedor y deudor de la prestación de hacer, respectivamente.

Señala Díez-Picazo que la doctrina tradicional distingue “dentro del contrato unos elementos esenciales (*essentialia negotii*), unos elementos naturales (*naturalia negotii*) y unos elementos accidentales (*accidentalia negotii*)”. Ante este contrato atípico, pero con *tipicidad social*, los elementos del contrato de tratamiento odontológico, podríamos identificarlos, siguiendo la clasificación de Díez-Picazo, de la siguiente forma⁴⁹⁴: los «sujetos» (el usuario y quien se obliga a realizar el tratamiento dental) «objeto del contrato» (mejorar la salud bucodental del usuario a cambio de un precio, durante un tiempo) y «la actividad desplegada» por el dentista y el consumidor, según lo convenido a través del consentimiento informado. Actividad diligente, legalmente preceptuada y tasada como *lex artis ad hoc*. Pero resulta evidente, dice, que a ninguno de estos elementos se le puede llamar «contenido del contrato». No son contenido del contrato ni los sujetos, ni el objeto, ni la actividad que se ha desplegado.

Explica Díez-Picazo que identificar las obligaciones de las partes con el contenido del contrato es un error de gran parte de la doctrina. “Las obligaciones contractuales no pueden ser consideradas como contenido del contrato”. Por otra parte, afirma que “el término «obligación contractual» es equívoco, pues con él se designan indistintamente estas tres cosas: 1.^a, *los deberes contractuales* [...]; 2.^a, *la correlación entre el deber contractual de una de las partes y el derecho o poder contractual de la otra* [...]; 3.^a, *la*

⁴⁹⁴ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 421. Los «esenciales», serían los “elementos absolutamente necesarios para la validez y la eficacia del contrato”. Los «naturales», los que “sin ser absolutamente necesarios acompañan ordinariamente a los contratos”, pudiendo las partes disponer sobre ellos. Finalmente, los «accidentales» son los que “las partes pueden adicionar al contrato si así lo declaran de acuerdo con sus intereses o conveniencias” (bajo esta clasificación, que un contrato de tratamiento odontológico sea considerado de obra, con obligación de resultado, sería un elemento accidental e imposible, me temo...). Esta clasificación “escolástica”, afirma, no deja de ser arbitraria.

totalidad de la relación jurídica que nace entre las partes, con *la totalidad de los deberes y poderes* que le integran”⁴⁹⁵.

En este contrato atípico, La obligación principal del paciente/cliente/consumidor/usuario, será, precisamente, la de pagar el precio (y junto con el dentista), afrontar las exigencias de la buena fe y otras obligaciones secundarias: el usuario debe colaborar al éxito del tratamiento con un control adecuado de hábitos y precauciones higiénico-dietéticas, etc.), tendentes a hacer posible el cumplimiento del contrato. La mayoría de las veces el *dentista* se obliga principalmente a poner los medios científicos adecuados para mejorar la salud bucodental del usuario a cambio de un precio (y en algunos casos, si promete un resultado, éste podría ser un contenido accesorio del contrato⁴⁹⁶). Ello implica que el contenido del contrato será su esencia, su «sustancia más íntima y entrañable»⁴⁹⁷, esto es, el procurar un estado bucodental saludable al acreedor.

Como hemos apuntado, y de todos conocido, a tenor del artículo 1258 CC, acreedor y deudor se obligan por el mero consentimiento, mutuamente, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, como ya hemos explicado y veremos detenidamente en el siguiente apartado. “Se trata, de una objetiva ordenación de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes”⁴⁹⁸. El Compromiso por parte del dentista de poner todo su saber y los medios adecuados y el compromiso del consumidor de seguir las instrucciones del dentista, “dejarse hacer” el tratamiento y cumplir sus obligaciones o prescripciones del dentista resultan la esencia de este contrato, sin olvidar que en su configuración, y con frecuencia, entran otros actores que

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 423.

⁴⁹⁶ *N.B.* Ya veremos que las obligaciones de resultado en el contrato tratamiento odontológico, como en las de cualquier contrato médico no existen (salvo en la mente de ciertos jueces) porque no se puede garantizar algo que tiene un componente biológico, aleatorio por naturaleza.

⁴⁹⁷ DíEZ-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 421.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 429.

no pertenecen técnicamente al contrato que definimos y toma como referencia Tena Piazuolo en una recentísima publicación⁴⁹⁹; teniendo en cuenta la existencia de diversos contratos conexos, de suministro de asistencia dental, tendentes a la consecución del resultado, (contratos que tienen vinculación directa con el principal pero también, con el acreedor de la prestación dental, de forma indirecta).

2.3.2. Naturaleza de la obligación del dentista. Referencias legales y tratamiento jurisprudencial

Las obligaciones, en general, se encuentran reguladas de forma coherente en el Título I, del Libro Cuarto del CC, en él se definen y se explica de dónde provienen, su naturaleza, efectos, clasificación y el modo en que se extinguen. La relación jurídica constituye un vínculo entre el deudor de una prestación, objeto de la obligación; y el acreedor de tales bienes o servicios; donde la finalidad de la obligación es satisfacer el interés del acreedor.

Una lectura atenta del art. 1089 CC⁵⁰⁰, parecería atribuir a un supuesto de hecho “múltiple” y taxativo el nacimiento de una obligación, como consecuencia jurídica única. Así, el tenor literal del precepto atribuye el nacimiento de las obligaciones directamente “de la Ley”, o bien “de los contratos y cuasicontratos” y de los “actos y omisiones ilícitos”; o “en que

⁴⁹⁹ TENA PIAZUELO, I., 2021, *op., cit.*, pp. 185-204.

⁵⁰⁰ *N.B.* Cabe reseñar que este mismo aspecto (y en sentido prácticamente idéntico) ya fue abordado en 2009, por la Comisión General de Codificación, en la “Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos”; cuando se propone un nuevo artículo 1092 que en su primer párrafo dispone: «Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto». Nótese que, en esencia, no cambia el régimen de fuentes programático y expositivo (Vid., nota siguiente) que predica el artículo 1089 CC, sobre el origen de las obligaciones; distinguiendo las que nacen del contrato, del daño (incluso del enriquecimiento sin causa, entendido como daño injusto al otro), o bien de la propia Ley, dejando totalmente abierto al legislador el hacer surgir obligaciones legales cuando así las establezca. A sensu contrario, ante el incumplimiento en la relación obligatoria, junto con la regulación de la acción de cumplimiento, la de resolución, o la de reducción del precio, se regula taxativamente (artículo propuesto 1205), el derecho que tiene el acreedor «a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause», sin perjuicio de ejercitar cualquiera otra de las acciones que le asisten. También, como contrapeso, el deudor no doloso (artículo propuesto 1208), «sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato».

intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Sin embargo, dicho artículo, según comentario de Verdera Server, “tiene un alcance un tanto programático y expositivo” y debe ser interpretado conjuntamente con los siguientes preceptos (fundamentalmente, los artículos 1090 a 1093 CC)⁵⁰¹. Por tanto, ya que los elementos de una relación obligatoria pueden reducirse –en último extremo– a los que legalmente se articulen y, al mismo tiempo, si tenemos en cuenta que el CC se trata de un verdadero sistema, debemos desechar el carácter de *numerus clausus* del supuesto de hecho que hace nacer la obligación (y con ella, la relación obligatoria), ya que se seguramente se podrán encontrar otras fuentes legales de la obligación.

Como analizaremos en el capítulo siguiente, y al margen de lo anterior, el incumplimiento de una determinada obligación, –o su contravención de cualquier modo–, tendrá aparejada, a su vez, una determinada responsabilidad civil ya sea responsabilidad civil contractual, cuando haya nacido de un contrato. Sin embargo, ¿será extracontractual, cuando surja del incumplimiento de la obligación genérica de actuar de forma diligente; o surja de la responsabilidad más o menos objetiva por hechos ajenos; o del daño efectivamente producido a consecuencia de la comisión de un delito?

El artículo 1089 CC es una disposición normativa de gran trascendencia, que tomamos como hilo conductor de este trabajo, ya que pone en relación los anteriores capítulos con el actual, y también con los siguientes; es decir, sobre la obligación de indemnizar y su correlato: el cálculo del *quantum* indemnizatorio.

A los efectos de este trabajo de investigación, nos ha convenido centrar la atención en el fenómeno contractual, precedido por el consentimiento informado, que envuelve la relación jurídica entre el usuario o consumidor de

⁵⁰¹ Cfr., VERDERA SERVER, R. Comentario al artículo 1089, en CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dir.), *Código Civil Comentado Vol. III. Libro IV- De las Obligaciones y contratos Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. Cizur Menor, Pamplona, 2ª Ed., Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 35-41.

asistencia dental y el prestador de aquella; porque el productor del daño será éste, generalmente.

Nuestro planteamiento es el siguiente: desde el momento que existe un consentimiento informado en el ámbito sanitario, surge un contrato de tratamiento odontológico, en el que el incumplimiento del mismo (o su cumplimiento defectuoso) no solo generará responsabilidad civil contractual, sino que también surgirá ésta del incumplimiento total o parcial de aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1258 CC, en una suerte de determinaciones heterónomas de las obligaciones “de origen legislativo, de origen social, fuertemente condicionadas por la actividad judicial de interpretación”⁵⁰², desgraciadamente. A tenor del artículo 1258, las obligaciones que emanan de dicho contrato, a veces tácito y verbal, incluyen no solo el cumplimiento de lo expresamente pactado, sino el de todas sus consecuencias legalmente previstas.

Pero ¿cuáles son las obligaciones que emanan del contrato que vincula dentista y paciente?

Sánchez Gómez, refiriéndose a los médicos, enumera y describe las siguientes: obligaciones de previa información, obligación (de medios) de asistencia o cuidados médicos y la referencia a la diligencia profesional (obligación de conocimiento, de consulta o remisión a otro facultativo, obligación de poseer medios técnicos, obligación de remitir a un centro con mejores medios técnicos), obligaciones médicas «de resultado», con especial referencia a la Odontología, entre ellas; y finalmente, la obligación de sigilo

⁵⁰² LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M., Comentario al artículo 1258, en CAÑIZARES LASO, A, DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), Código Civil Comentado Vol. III. Libro IV- De las Obligaciones y contratos Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444). Cizur Menor, Pamplona, 2ª Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, p. 593, pp. 590-593. Discrepamos del autor en que las interpretaciones judiciales (es decir, la jurisprudencia) pueda en ningún caso «asumir perfiles netamente creadores de Derecho». Lo contrario estaría abiertamente en contra del sistema de fuentes establecido en el artículo 1 CC y dejaría sin sentido el carácter informador que el art. 1.6 CC atribuye a aquella; contraviniendo expresamente lo previsto en el artículo 1.7 CC, que sujeta a los jueces al sistema de fuentes establecido.

(“guardar secreto⁵⁰³”). Mientras que, entre las obligaciones del paciente, describe la obligación de pago de honorarios (y sus excepciones), seguir las instrucciones del médico (como carga de colaboración)⁵⁰⁴, de acuerdo a la buena fe.

Sin embargo, teniendo en cuenta la caracterización actual de la Odontología como una actividad médica como las demás, no podemos estar de acuerdo con esta autora en aparejar la obligación de resultado a la Odontología, puesto que la incertidumbre en cuanto al resultado es consustancial a todas las ciencias médicas. La Odontología no puede ser una excepción: el dentista tiene, sin lugar a dudas, una «obligación de medios» y, salvo raras excepciones creadas al arbitrio de una decisión judicial seguramente errada, pues nunca es posible asegurar un resultado en la esfera odontoestomatológica porque existe una variabilidad biológica interindividual que no es posible controlar –por más que el dentista ponga su máxima diligencia y cuente con todos los medios disponibles y dirija todos sus esfuerzos a conseguir ese resultado–, lo que además se está viendo considerado en las propuestas oficiales de modernización del derecho Español⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Vid., ampliamente, VERDÚ PASCUAL, F. A., *Secreto profesional médico. Normas y usos*, Comares, Granada, 2005, 108 pp. Sobre las diferentes clases e implicaciones del «secreto médico» (no ya el que implica la relación médico-paciente, sino su tratamiento cuando el secreto es compartido, institucional, derivado, etc.).

⁵⁰⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, pp. 43-218. Sobre los Odontólogos y su responsabilidad en la colocación de prótesis dentales distingue perfectamente la obligación del «Protésico Dental». Cuando afirma (p. 139): “es función del Odontólogo prescribir dichas prótesis, y del Protésico Dental su elaboración o fabricación «que bien se puede decir que conforma una obligación de resultado»”, abordando su posible responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a tenor de su condición de fabricante aludiendo a la derogada *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos* (BOE núm. 161, de 7 de julio), que fue incorporada como parte del Libro tercero del TRLGDCU, el cual comienza con el artículo 128 sobre la indemnización por daños (que, como veremos, no excluye las demás acciones de responsabilidad contractual o extracontractual que pueda ejercitar el consumidor o usuario).

⁵⁰⁵ Cfr., ALONSO PÉREZ, M. T., “El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del derecho español”, *RDC*, VI, núm.2, 2019, pp. 169-205. “El art 1582 de la Propuesta de la Sección civil de la CGC contempla la posible indeterminación del precio en el momento de celebrar el contrato; esta patología suele producirse en relación a los contratos de servicios en los que el prestador se compromete únicamente a desplegar una actividad diligente, debido a la imposibilidad de concretarlo a priori por desconocer algunos datos como la duración del servicio y otros extremos”. Otro aspecto en el que los contratos de servicios que no conllevan para el prestador la obligación de alcanzar un resultado requieren una normativa específica es el relativo a

El problema reside también en que dentro de la Odontología, independientemente del tipo de contrato considerado (contrato de servicios dentales, contrato de trabajo, contrato de suministro de asistencia dental, contrato de obra, contrato de tratamiento odontológico, etc.), se particulariza legal y éticamente en el dentista la necesidad de proveer la información al paciente mediante un consentimiento informado con diferentes grados de información acerca del alcance y riesgos de la intervención, la cual es mucho más profunda en el caso de intervenciones satisfactivas (estéticas o no necesarias).

Sucintamente, en este especialísimo y atípico contrato “mixto” de tratamiento odontológico, se integran aspectos tanto legales, como éticos y profesionales; donde el propio incumplimiento ya ocasiona perjuicios al usuario y puede acarrear la producción de un daño que no tenga éste el deber jurídico de soportar (Al menos, así lo sostiene Albaladejo cuando señala los presupuestos de la indemnización por daños⁵⁰⁶). Daño que debe cuantificarse, lo que entronca con los ulteriores capítulos de esta investigación. Pero, en cuanto a la metodología de valoración del daño dental, resulta irrelevante si existe o no contrato, puesto que aquella es un proceso independiente tanto de la producción de éste, como del supuesto de hecho que hizo nacer una determinada obligación.

La naturaleza de la relación paciente-dentista constituye un especialísimo contrato, según hemos descrito en el apartado anterior. Resulta, pues, más que evidente que en el seno de la atención dental concurren voluntades y surge un contrato del que nacen obligaciones. Obligaciones diferentes en función de las prestaciones acordadas. Como hemos apuntado, Díez-Picazo distingue muy acertadamente las obligaciones contractuales (“lo

la duración del contrato que, a su vez, está relacionado con la extinción.”. (p. 200). Estas propuestas pensadas para contratos de prestación de servicios, alerta la autora, carecen de una lógica interna.

⁵⁰⁶ Cfr., ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*. 14ª Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2011, p. 187. Salvo lo previsto en el artículo 1124 CC., son presupuestos de la indemnización por daños 1º, «que no sea obtenible la ejecución de la prestación *in natura*. 2º Que exista efectivamente un perjuicio. 3º Que éste proceda de dicha inexecución. 4º Que de ella sea responsable el deudor». Es decir, la antijuridicidad del daño: que el deudor no tenga el deber de soportarlo.

que el contrato lleva dentro de sí, aquello que constituye su más íntima sustancia”), de las obligaciones que emanan del contrato y constituyen el efecto del mismo⁵⁰⁷.

Como analizaremos seguidamente, existe actualmente un consenso acerca de la obligación que nace de esta relación jurídica contractual, que consiste en una obligación de medios (salvo si se ha garantizado la consecución de un resultado concreto; o bien si esa garantía de resultado se desprende del relato fáctico en función de si efectivamente se han garantizado los resultados, en cuyo caso se tratará de una obligación contractual de resultado)⁵⁰⁸.

En línea con lo anteriormente expuesto, es obligación legal del dentista como “médico responsable” informar previa y verazmente sobre la patología y las opciones diagnósticas y terapéuticas, sus alternativas y riesgos, con tiempo suficiente para que el paciente comprenda y pueda dar su consentimiento informado.

Respecto a esta vinculación no voluntaria por la información precontractual, en sede de Derecho Europeo, “el art. 6:101 (1) PECL y el art.

⁵⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 352.

⁵⁰⁸ *N.B.* Insistimos que, aunque se recoge en la jurisprudencia tal cual, nosotros estimamos que el componente de aleatoriedad del ejercicio de la Odontología, impide catalogarla en ningún caso, como obligación de medios, pese a que en el profesional esté ínsita la voluntad buena de perseguir el resultado y el anhelo del paciente de que tal resultado se obtenga. (*Cfr.*, SSTS de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013, y 7 de mayo de 2011, que conforman la doctrina que cita a su vez la STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015; sobre la obligación de medios en que consiste la responsabilidad del dentista, en su FD 2º, dice “*que* “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 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 de junio 2009)”.

II.- 9:102 DCFR garantizan contractualmente la información que se transmite antes de contratar o al tiempo del contrato si así hubo de entenderla la otra parte teniendo en cuenta: (i) la importancia de la información, (ii) si quien transmite la información lo hace en ejercicio de su actividad profesional y (iii) la experiencia relativa de las partes”⁵⁰⁹. Como hemos advertido previamente, la obligación legal de información es continua durante todo el tratamiento. En la misma dirección, además de informar de las alternativas y riesgos del procedimiento, surgen otras obligaciones que también nacen de la ley y vienen especificadas en la normativa que hemos analizado y otras vienen determinadas por la regulación civil en materia de contratos. Desde luego que el contrato es fuente de obligaciones, por mor del artículo 1089 CC. La primera es que la conducta del obligado se dirija hacia su cumplimiento (imperativo kantiano del deber, ínsito en la obligación de una «voluntad buena»).

Lo que sea un contrato lo determina el acuerdo de voluntades entre las partes que genera un deber principal, con los límites y deberes accesorios legalmente establecidos⁵¹⁰; mientras que del propio acuerdo de voluntades con las que se perfecciona el contrato paciente-dentista surgen obligaciones convencionales concretas, sin olvidar el compromiso ético que el dentista adquiere en el ejercicio colegiado de su profesión.

Clásicamente, en el ámbito médico, se acepta una distinción entre la “medicina curativa, necesaria o asistencial” que actúa ante una determinada patología de un «*paciente*», calificada como arrendamiento de servicios y la “medicina voluntaria o satisfactiva”, en la cual el «*cliente*» acude al médico,

⁵⁰⁹ ELIZALDE IBARBIA, F., 2017, *op. cit.*, p. 1179.

⁵¹⁰ *Ibid.*, pp. 1179 y ss., donde el autor sostiene que la modernización actual del Derecho de contratos, en lo que respecta al contenido, se centra en dos cambios fundamentales sobre la puesta en valor de las fuentes no voluntarias del contenido contractual, primordialmente, la buena fe y la ley (imperativa y dispositiva), y, en segundo lugar, una admisión de la garantía contractual como contenido vinculante, que implica superar la concepción del contrato como fuente, únicamente, de deberes de prestación. Esto es, que el contrato es una garantía de fuerza vinculante con las fuentes no voluntarias del contenido contractual. Según el autor, en nuestro ordenamiento se constata una “renovada concepción del consentimiento, que persigue una mejora sustancial en el elemento intencional del contrato por medio de la comprensión real de los riesgos que se asumen”, en nuestro caso, con la relevancia que se adivina de la vinculación por la información precontractual insertada legalmente en el consentimiento informado, denominada información previa, que exige la LAP en toda actuación en el ámbito sanitario, el cual es reconocido como parte de la “*lex artis*”.

no para la curación de una patología, puesto que se actúa sobre su cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético⁵¹¹, en función de una y otra, se establecía la distinción clásica entre “obligación de medios” y “obligación de resultado” –ampliamente superada en la actualidad, en favor de una auténtica obligación de medios, “en la que el deudor se compromete a realizar una actividad, lo que ha originado que igualmente se denominen «obligaciones de actividad» o en menor medida «obligaciones de simple comportamiento»– con total prescindencia de la consecución, *a posteriori*, de un determinado, concreto y tangible logro, por anhelado –o esperado– que sea por parte de los contratantes, en especial por el paciente”⁵¹².

Pero la obligación que nace del contrato es una obligación genérica de medios, en la que el dentista se obliga a tratar al paciente, a cambio de un precio, proveyendo una serie de servicios dentales durante un periodo concreto, de forma periódica, más o menos frecuente en función de las necesidades de salud bucodental que éste necesite. Con su actividad técnica y científica adecuada, el dentista cumple jurídicamente una prestación a través de la utilización de técnicas usuales y admitidas por la Odontología y con los medios tecnológicos y recursos terapéuticos a su alcance que por regla general conducen al resultado pretendido, aunque éste no pueda garantizarse⁵¹³.

Nosotros mantenemos la línea de pensamiento acerca de que se puede aunar la condición de paciente y de cliente, sin más, en la noción amplia de consumidor (y, según se asegure o no un resultado concreto, estaremos teóricamente ante una obligación genérica de medios, junto con una obligación

⁵¹¹ *Cfr.*, SEIJAS QUINTANA, J. A., 2007, *op. cit.*, p. 8. Citando la STS de 26 de mayo de 1986, dice que “la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, se obliga a no curar al enfermo, sino a prestarle diligentemente los cuidados que requiera según el estado de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos, y sobrevenido el resultado lesivo.

⁵¹² JARAMILLO JARAMILLO, C. I., 2019, *op. cit.*, p. 108.

⁵¹³ IZZEDDIN-ABOU, R., y JIMÉNEZ, F., “Bioethics in Dentistry, a principled vision”, *Rev. CES Odont.*, 2013, p. 75. (www.scielo.org)

accidental de resultado; pero siempre, sabiendo que nos movemos en terreno de la salud, donde es imposible garantizar un resultado al 100%).

Es decir, en la obligación del dentista de prestación de la asistencia siempre estará presente conseguir un resultado, pues a éste se dirige el profesional. Sin embargo, el objeto de la obligación es la actividad misma; en la obligación accidental de resultado, su objeto será el propio resultado, sabiendo que no es posible garantizar el cumplimiento de esta obligación accidental.

Como afirma Vázquez Barros, “Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento [...] en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado; lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta; es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado”⁵¹⁴.

Por tanto, habrá cumplimiento contractual cuando se realice la inequívoca prestación de actividad pactada, es decir, que el dentista preste sus servicios diligentemente, es decir, de acuerdo con la *lex artis*. Esto es importante recordarlo, pues cualquier daño que se produzca al paciente (acreedor) como consecuencia de la ejecución deficiente (contraria a tales normas) del dentista (deudor).

Por otra parte, la caracterización de una obligación como de medios o como de resultado tiene una importante relevancia jurídica: determinar el alcance de las obligaciones del deudor y, por tanto, para identificar los supuestos de incumplimiento contractual⁵¹⁵. Como veremos *ut infra*, la jurisprudencia, afortunadamente, ha evolucionado desde una posición anterior en la que consideraba *siempre* el tratamiento de Odontología (al igual que la

⁵¹⁴ VÁZQUEZ BARROS, S., 2009, *op., cit.*, p. 19.

⁵¹⁵ BLANCO PÉREZ RUBIO, L., “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 51. El incumplimiento contractual sanitario implica una negligencia, una falta de adecuación a la *lex artis*, bien por imprudencia, por impericia o por puro descuido. Es decir, por no actuar con la diligencia exigible, según el caso concreto.

medicina estética o la vasectomía) como contrato de obra con obligación de resultado⁵¹⁶, hacia una tendencia actual en la que la regla general es considerar que el contrato de asistencia sanitaria dental es por lo general una obligación de medios y que el contrato de asistencia odontológico será siempre de actividad con obligación de medios, salvo que de los hechos probados se demuestre que el dentista garantizaba un resultado, en cuyo caso se considerará de resultado.

La diferencia entre ambos casos es notoria, tanto desde el punto de vista tanto del grado necesario de información al paciente que requiere cada caso, según hemos defendido en el capítulo anterior, como desde la visión que el Ordenamiento da a las consecuencias del daño ocasionado, y analizaremos en el capítulo correspondiente al daño.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, de nuevo, que el Marco Común de referencia (DCFR) sugiere que la obligación genérica de medios que tiene el prestador del tratamiento médico se pueda transformar en una de resultado, cuando con ello se beneficia al cliente. De hecho, el artículo IV.C.-8:103 atribuye al proveedor del servicio una obligación de resultado respecto a la seguridad del paciente, lo que significa que debería protegerlo de cualquier daño ocasionado por el inadecuado mantenimiento o el mal funcionamiento o diseño del equipamiento médico, de los aparatos y de las instalaciones. Por tanto, el mal funcionamiento del equipo, instrumentos o aparatos utilizados se considera algo controlable y evitable y, en consecuencia, no constitutivo de fuerza mayor. Pero lo contrario no se permite: las partes no pueden transformar una concreta obligación de resultado en otra de medios, pues ello sería perjudicial para el cliente *ex* artículo IV.C.-8:103 (2) DCFR.

La singularidad de la responsabilidad del Odontólogo en el ejercicio profesional en España no reside en que los tribunales apliquen a la obligación genérica sanitaria que tiene el dentista de reparar, responder y resarcir los daños que hayan producido a los pacientes como consecuencia de actos u omisiones voluntarias o involuntarias, cometidos durante el ejercicio de la

⁵¹⁶ *Cfr.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op. cit.*, 1998, pp. 43-218.

Odontología (adaptación a la Odontología de la definición clásica de Gisbert⁵¹⁷), es decir, la normativa correspondiente a una obligación de medios o de resultados, según sea el compromiso adquirido con el paciente; sino que el dentista debe responder frente a incumplimientos o cumplimientos defectuosos de las obligaciones contractuales, –en primer término, la *lex artis*–, así como los daños irrogados al consumidor, incluso los ocasionados también por otros (colaboradores, dependientes o independientes), de los cuales éste responde casi siempre en la práctica.

Esta especial consideración se ve ya en antiguas sentencias del alto tribunal, como, por ejemplo, la STS 26 de julio 2006, que, con cita de la STS 23 de marzo de 2006, decía:

“la naturaleza de la obligación del médico tanto si procede de contrato (de prestación de servicios, o de obra - cirugía estética Odontología, vasectomía), como si deriva de relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios”.

Los elementos jurisprudenciales que comprende la *obligación de medios* se han enumerado como la utilización de cuantos medios conozca la ciencia de acuerdo a las circunstancias del enfermo; la información sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos (como expusimos en el apartado correspondiente al consentimiento informado); y la continuidad del tratamiento hasta el alta, en cuanto a las pruebas diagnósticas se reitera la obligación de realizar todas las necesarias⁵¹⁸.

⁵¹⁷ GISBERT-CALABUIG, J. A., 2004, *op. cit.*

⁵¹⁸ *Cfr.*, SEIJAS QUINTANA, J. A., 2007, *op. cit.*, pp. 15 y 16. Los elementos que comprende una obligación de medios tanto en cuanto a las pruebas diagnósticas (STS 15 febrero 2006, que establece la obligación de realizarlas, todas las necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento, así como la STS 23 septiembre de 2004, que establece que solamente el diagnóstico que presente error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir para declarar la responsabilidad, al igual que no se hubieran hecho todas las exigibles), como en cuanto a procedimientos terapéuticos, cuyos elementos describe la STS de 11 de febrero de 1997 describe y reproducimos a continuación: La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo a las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto, citando a su vez la STS 24 noviembre 2005, en un caso que era posible tanto la intervención neurológica como radiológica, deja en manos del médico la decisión de poner al alcance del paciente los recursos que le parezcan más eficaces siempre que sean aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica. La información del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el caso de intervenciones quirúrgicas (que se extiende a los medios que comporta el control de enfermedad, en caso de enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas). La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono, con cita de la STS de

Domingo Monforte y Escriche Monzón⁵¹⁹ realizaron una revisión jurisprudencial cuando la Odontología tiene un carácter voluntario (principalmente en implantología y Ortodoncia), en que el interesado acude no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético (intervenciones no curativas, terapéuticas o asistenciales, esto es, en supuestos de medicina voluntaria o satisfactiva, en las que el cliente o “interesado”— que no paciente/enfermo—, acude al médico para mejorar su aspecto físico o estético), en estos casos, la asistencia sanitaria es plenamente voluntaria y absolutamente libre la relación entre el facultativo y la persona que solicita su intervención, en tanto no resulta impuesta por un deterioro de salud que la convierta en necesaria. Entonces, como recogía la antigua Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 1997 (RJ 1997/8964), de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O’ Callaghan Muñoz, se refiere a la Sentencia de Instancia correspondiente, la cual resume la *doctrina anterior de la Sala Primera* [con cita de las SSTs de 21 marzo 1950, de 16 abril 1991 (RJ 1991\2697), 25 abril 1994 (RJ 1994\3073) (la de 7 febrero 1990 [RJ 1990\668], lo apunta al final del fundamento 4.º), y la de 11 febrero 1997 (RJ 1997\940)], que especifica que la relación médico-paciente “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”. Los autores insisten en declarar la acertada actuación de los tribunales, con cita de la SAP Barcelona, de 4 de mayo de 1994 (AC 1994/943) que así lo señalaba “(a)cierta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 mayo 1994 (AC 1994/943), «al buscarse un resultado innovador más o menos objetivo, distinto de la curación del enfermo, un importante sector doctrinal ha situado este tipo de intervenciones en la esfera del arrendamiento de obra y no en el de servicios, en cuyo ámbito se enmarca la actividad médica general»”.

8 de febrero de 2006, que responsabiliza al médico que no controló la evolución ni los síntomas inequívocos manifestados por el medicamento suministrado a la paciente, conociendo su estado de hipertensión.”

⁵¹⁹ DOMINGO MONFORTE, J., y ESCRICHE MONZÓN, M. C., “Medicina satisfactiva. Responsabilidad Civil Médica: Ortodoncia-Implantología Oral”, *Rev. Resp. Civil, Circul. y Seguro*, 2005, pp. 4 y ss.

Por tanto, podemos observar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se decantó al principio por identificar una obligación de resultado exigible cuando el mismo sea comprometido, identificando ésta con la resultante de un tratamiento de Ortodoncia o de Implantes.

Sin embargo, los dentistas no son muy diferentes a los demás profesionales sanitarios y como el resto, actúan sobre personas. Como los demás, se apoyan en un sinnúmero de profesionales sanitarios y otros técnicos, colaboradores dependientes e independientes y auxiliares. Realizan técnicas y administran productos farmacéuticos, cosméticos y otros productos sanitarios y como los demás, también, realizan su actividad mediante un contrato o no con el paciente, que les obliga o no, a un resultado y de la que son tan responsables como los demás profesionales sanitarios por sí y por sus colaboradores (o no), así como por las técnicas y por los productos que utilizan en su quehacer diario (en esencia, como hemos señalado cuando nos referíamos a los contratos conexos). El resultado siempre está presente, reiteramos, en la actividad del dentista: unas veces como obra comprometida (obligación de resultado), y casi siempre, como fin al que se encamina su prestación diligente de mera actividad de servicios dentales (ya que se trata de una obligación de medios).

Por otra parte, consumidor dental es ahora un ser autónomo que libre e informado decide qué intervención consiente y cuál rechaza.

Como vimos en el apartado introductorio, el paciente dental actual es un “comparador” que se informa y acude a internet prácticamente siempre. La sociedad de la información ofrece este escaparate como herramienta donde buscar y comparar e incluso seleccionar dónde acudir. Cada vez más, el paciente dental actúa como consumidor y cada vez vemos con más nitidez la «relación paciente-dentista» como un contrato de consumo, por el cual el dentista a cambio de un precio se compromete a prestar servicios al paciente, en los que, a menudo, intervienen otros profesionales, con o sin dependencia del dentista. En resumen, el cliente dental cada vez más actúa como consumidor y por eso busca la protección que como tal tiene.

Los Tribunales ante una demanda de responsabilidad civil en este ámbito de la asistencia sanitaria han ido perfilando y distinguiendo situaciones para configurar una doctrina jurisprudencial que alumbra este panorama. La STS de 13 de abril de 2016⁵²⁰, resume la doctrina del alto tribunal en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, en cuanto a la información, dentro del consentimiento informado, ya nos hemos referido anteriormente a la mayor exigencia de información que demanda una intervención satisfactoria⁵²¹, sobre todo en un caso en que se compromete resultado, por lo que, al haber sido informada sobre la posibilidad de esta complicación, y haberse concretado el riesgo posteriormente, no había lugar a este reproche. Sin embargo, el motivo se estima porque la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia había obviado “la doctrina reiterada de la Sala sobre la obligación de medios y de resultados como criterio general” en este ámbito, en el que la responsabilidad del médico siempre es de medios; que, por su importancia y magistral exposición, nos permitimos reproducir a continuación (FD 2^a):

“La sentencia de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2477), que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015, 641), con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138), 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778) y 19 de julio 2013 (RJ 2013, 5003), 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 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

⁵²⁰ STS núm. 250/2016 de 13 abril (Id Cendoj: 28079110012016100239), Sala de lo Civil, Secc. 1^a.

⁵²¹ *Cfr.*, STS núm. 330/2015, de 17 de junio, anteriormente referenciada, en la que reitera la doctrina de la Sala Primera sobre la obligación de resultado (FD 3^o), cuando dice: “los actos de medicina voluntaria o satisfactoria 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 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014)”.

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 (RJ 2009, 4323) ”.

Es decir, se confirma que salvo en situaciones excepcionales, la actividad del médico (y la del dentista) siempre va a ser de medios y no de resultado y, por lo tanto, la responsabilidad solo exigible desde la imputación objetiva cuando exista un déficit en su actuación por la falta de cuidado en el diagnóstico o en el tratamiento. Sigue diciendo la sentencia 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 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073), 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2608), 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6428), 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013 (RJ 2013, 5003)—. Finalmente, la sentencia se refiere a la mayor intensidad de la obligación de informar que se acentúa en un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria, con objeto de que “el interesado” (cliente) conozca “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”. Por eso dice que el criterio debe ser “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”, citando la Sentencia de 21 de octubre de 2005⁵²².

Una intervención de cirugía estética no conlleva por sí sola la garantía del resultado (al cual se orienta la intervención y no sólo la medicina voluntaria, sino toda intervención médica); pero, precisa esta STS núm 330/2015, de 17 de junio, el fracaso de cualquier intervención médica no es imputable al facultativo por el simple resultado, “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”⁵²³.

Por lo tanto, podemos extraer sucintamente los hitos en los que reside la doctrina de nuestro Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad sanitaria:

1. La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual.

2. La obligación del médico en todos los casos es poner a disposición del paciente los medios adecuados para conseguir el resultado deseado, con el siguiente compromiso:

a. Informar al paciente de modo que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.

b. Llevar a cabo las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a *lex artis*.

c. Aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención.

⁵²² STS núm. 758/2005, de 21 de octubre (Roj: STS 6400/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6400; Id Cendoj: 28079110012005100762).

⁵²³ STS núm. 250/2016, de 13 abril (Roj: STS 1639/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1639; Id Cendoj: 28079110012016100239).

3. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta al componente aleatorio propio de la misma, por lo que:

- a. Los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y
- b. El fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas de cada persona.

4. Nuestro sistema de responsabilidad civil se basa en la culpa. No se permite en el ámbito médico 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*.

5. Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido. Sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida, según la evolución jurisprudencial que ha habido en cuanto a la obligación de resultado.

La doctrina científica se ha preocupado del tratamiento jurisprudencial de la obligación que contraen los profesionales sanitarios, así como el régimen de su responsabilidad civil, que no admite diferencia entre la medicina curativa y satisfactiva, concluyendo que, salvo en situaciones excepcionales, la actividad del médico siempre es de medios y no de resultados y por lo tanto solo exigible desde la imputación objetiva cuando exista un déficit en su actuación por la falta de cuidado en el diagnóstico o en el tratamiento.

Por otra parte, como hemos mencionado, los tribunales son reacios a aplicar la legislación de consumidores y usuarios en casos de responsabilidad médica⁵²⁴. La STS de 28 de junio de 2013, con cita de las SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de

⁵²⁴ Cfr., STS núm. 89/2017 de 15 febrero (Roj: STS 454/2017 - ECLI:ES:TS:2017:454. Id Cendoj: 28079110012017100081).

abril de 2007, 4 de marzo 2013, desestima un recurso de casación y reitera la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que no es aplicable

“la legislación de los consumidores y usuarios. Según la más reciente jurisprudencia de esta Sala, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, 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*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”.

Se trata de una señora que se sometió a una intervención voluntaria [...] reclamando por un lado responsabilidad objetiva y, por otro lado, contractual por no alcanzar el resultado, pero también se desestima sobre la base de que la distinción entre la obligación de medios y la de resultado no es posible, salvo que se garantice o se pacte el resultado, siendo la obligación del médico de medios:

“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 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 de junio 2009 ; 20 de noviembre 2009 ; 3 de marzo de 2010 y 27 de septiembre 2010)”.

En Odontología, la evolución de la jurisprudencia ha ido en cierto modo paralela a la de la Medicina estética, con una primera etapa en la que se la encuadraba como una actividad de arrendamiento de obra⁵²⁵, con obligación de resultado, dentro de la medicina satisfactiva, hacia una posterior consideración como una actividad de medios, salvo que existiera un aseguramiento contractual de resultado, tal y como recogían Domingo Monforte y Escriche Monzón⁵²⁶. La STS de 22 de mayo de 1998⁵²⁷ señalaba que como actividad médica, la Odontología demanda una «obligación de medios», en un caso de un paciente que falleció después de hacerse un empaste, a consecuencia de una infección dental que produjo una Angina de Ludwig, productora de un shock séptico mortal. La viuda inició un proceso penal contra el dentista que fue archivado, pero a continuación inició la vía civil. Desestimada en primera instancia y en Apelación, se planteó Recurso de casación, que se formuló fundado en la infracción del artículo 1903 CC, que la Sala admite por la “responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuible a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de «*culpa in vigilando*» o «*culpa in eligendo*» (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997, entre otras muchas)”.

Andreu y cols., en un completo trabajo acerca del tratamiento jurisprudencial en medicina satisfactiva, analizan casos en los que la actuación del dentista se puede enmarcar en esta clasificación de medicina voluntaria, con cita de las SSTS de 28 de junio de 1999 y de 11 de diciembre de 2001, ambas de la Sala Civil⁵²⁸. Esta distinción, como hemos visto, es importante desde el punto de vista del mayor requerimiento de información que tiene el

⁵²⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *op. cit.*, 1998, pp. 43-218.

⁵²⁶ DOMINGO MONFORTE, J., y ESCRICHE MONZÓN, M. C., 2005, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

⁵²⁷ STS núm. 462/1998, de 22 de mayo (Id Cendoj: 28079110011998102332). Ponente José Almagro Nosete.

⁵²⁸ ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., y DONAT LAPORTA, E., 2013, *op. cit.*, p. 163.

cliente que se va a someter a una intervención no necesaria. No en cuanto a la consideración del tipo de obligación, puesto que ésta será siempre de medios, salvo en aquellos casos concretos en los que se haya comprometido un resultado. Precisamente, la sentencia citada (STS de 28 de junio de 1999⁵²⁹), cuyo Ponente fue D. Xavier O'Callaghan Muñoz, consideraba la Odontología directamente como una actividad de resultado, en su FD 2º decía:

“la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear («rehabilitar» dice el dictamen pericial) la boca del paciente, demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación -obligación del resultado”, en base a la infracción del artículo 1544 CC y 1101 CC, incumplimiento no excusado en los términos del artículo 1905 “y cuyo resultado no obtenido implica el incumplimiento de la obligación” no excusable. Se trata de una paciente que después de nueve años de “dolorosos tratamientos” con un dentista “que le iba a realizar una intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto”.

Pero finalmente la paciente acude a otro dentista quien sí consiguió la “rehabilitación” de la boca de la paciente. El Tribunal Supremo condena al primer dentista por incumplimiento, condenándolo a indemnizar a la paciente.

La STS de 12 de marzo de 2008⁵³⁰ (citada a su vez por la por la STS de 13 de abril de 2016⁵³¹), desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que condenaba a un profesional dentista y maxilofacial, y a su compañía de seguros, a indemnizar a una paciente “por la rehabilitación del maxilar superior izquierdo y lograr implantar en él las piezas dentarias perdidas, al haberse comprometido dicho facultativo a lograr un implante osteo-integrado de cinco piezas dentarias, previo injerto de un trozo de hueso extraído de la cadera”, y al profesional además, porque había perdido la

⁵²⁹ STS núm. 587/1999, de 28 de junio (Id Cendoj: 28079110011999102388).

⁵³⁰ STS núm. 218/2008, de 12 de marzo (Id Cendoj: 28079110012008100578).

⁵³¹ STS, núm. 250/2016, de 13 abril (Id Cendoj: 28079110012016100239).

prótesis dental que recibió de la paciente para adaptarla y no habérsela devuelto a la paciente y “por la falta de información y consiguiente daño moral”, en este caso, la Sala estimó que realmente hubo un arrendamiento de obra, con un resultado prometido que no se materializó, por lo que confirma la condena indemnizatoria impuesta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido puliendo estos conceptos y la última corriente se asienta en considerar cada caso concreto diferenciadamente; para desde un planteamiento general, considerar la Odontología como una actividad médica más, en la que la actividad del dentista comporta una obligación de medios por regla general, sólo truncada en ciertos casos particulares, cuando se ha comprometido un resultado. Así, la anteriormente referenciada STS de 17 de junio de 2015⁵³² analizaba un caso sobre responsabilidad por negligencia médica por culpa contractual y extracontractual contra una dentista y una clínica dental, entendiendo que incluso en la Odontología satisfactiva o voluntaria, no hay contrato de arrendamiento de obra con garantía de resultado de forma general, sino todo lo contrario: la obligación del dentista es una obligación de medios y el deber de informar queda cumplido sin necesidad de prueba escrita, cuando la información es completa sobre las alternativas y riesgos del tratamiento. Yerra

⁵³² STS núm. 330/2015, de 17 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100315). Ponente, Excmo., Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, analizaba un caso sobre responsabilidad por negligencia médica por culpa contractual y extracontractual contra una dentista y una clínica dental, en la que una paciente con antecedentes y tratamiento psiquiátrico, se sometió a un tratamiento de ortodoncia y unos implantes, a consecuencia de dicha cirugía sufrió una pérdida de sensibilidad del nervio dentario inferior y otras complicaciones, parcialmente solucionadas por la dentista, quien trabajaba como profesional no dependiente del centro demandado. La paciente reclamó una indemnización que en primera instancia fue desestimada, al igual que la apelación, porque según la Audiencia Provincial, no se evidenció lesión alguna del tronco del trigémino a consecuencia de los implantes, no existe nexo causal entre los dolores y las lesiones, no acredita el agravamiento del estado psiquiátrico, no se acredita la lesión del nervio dental inferior, no hubo mala praxis, ni daño desproporcionado sin relación causal y finalmente, hubo información suficiente. El recurso de casación se desestima, por cuanto se pusieron todos los medios por parte de la dentista, que no puede garantizar un resultado y actuó en todo momento de acuerdo a la *lex artis*. Recuerda la sentencia (FD 5º, 1.-) “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 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007, 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014);”. Por lo que en un caso como este, de medicina satisfactiva, no hay garantía de resultado si así no se pacta y los hechos probados son contumaces: “no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. Tampoco se le garantizó el resultado, ni este resulta del relato de hechos de la Sentencia”.

el alto tribunal, por cuanto el consentimiento informado (y la información que le precede) constituye un derecho fundamental, con protección internacional, dentro de los derechos humanos, a tenor de la Carta europea de Derechos humanos, en su conexión con el artículo 8 CEDH, por lo que no puede soslayarse la exigencia del consentimiento informado en la forma prevista legalmente, por más que el TS se empeñe.

Como describimos en el tratamiento jurisprudencial sobre consentimiento informado, la STS de 24 de noviembre de 2016, antes referenciada, referida también a un caso de implantes dentales, pero en un paciente que había sufrido un cáncer que sufrió una osteonecrosis a causa de una dehiscencia de suturas (circunstancia fortuita no achacable a mal praxis, quedando como secuelas cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitado para hablar, abrir la boca y comer con normalidad), considera el supuesto como de medicina curativa, que no garantizaba tampoco un resultado y desestima el recurso de casación interpuesto por los sucesores mortis causa del paciente, quien falleció en el curso del procedimiento.

La Odontología demanda, por tanto, una obligación de medios, como afirmaba la STS de 22 de mayo de 1998⁵³³, en un caso de un paciente que falleció después de hacerse un empaste, a consecuencia de un shock séptico.

La STS de 25 de octubre de 2002, cuyo Ponente fue el Excmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, absuelve a un dentista privado y al INSALUD de una demanda de reclamación de cantidad interpuesta por un paciente por las secuelas sufridas consistentes en la pérdida prácticamente total de la mandíbula inferior como consecuencia de una infección (osteomielitis mandibular) por una supuesta negligencia en el diagnóstico y tratamiento de una infección a consecuencia de las endodoncias efectuadas en primer término por el dentista y a una deficiente atención posterior por parte de los facultativos de la Seguridad Social, a los que acudió porque el dentista no llegó a solucionarle la infección y centro al que reprocha que no se le prestó la atención debida a su gran enfermedad. La sentencia declara en su FD 3º que

⁵³³ STS núm. 462/1998, de 22 de mayo (Id Cendoj: 28079110011998102332).

no existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido; por lo tanto, no puede haber culpabilidad en la actuación del dentista, en cuanto al centro sanitario, no cabe imputar responsabilidad tampoco porque no hubo error diagnóstico. “Cuando el diagnóstico y el tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo en tal momento, descartan la alegada infracción del art. 1902 del Código civil”, con cita de la sentencia de 18 de enero de 2001.

Para finalizar, desterrada la vieja corriente jurisprudencial de considerar la Odontología como una actividad profesional con obligación de resultado, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo entiende que la obligación del dentista siempre es de medios. Ya sea en actividad asistencial (o curativa), o bien se trate de Odontología voluntaria (o satisfactiva) y en esta última, se ha querido ver la existencia de una obligación de resultado, que no resulta tal si realmente no se ha pactado.

2.4. La debilitación del artículo 1257 CC: el contrato de de tratamiento odontológico y su eficacia frente a terceros

El consentimiento informado es un proceso médico-legal que, en el ámbito privado, no solo une al paciente con el dentista de forma recíproca, como vendría a determinar el artículo 1257 CC, sino que precisamente por las particularidades del tipo especial de contrato de tratamiento dental, surgen unos efectos externos que van más allá de la relación descrita acreedor-deudor: la intervención en dicha relación de colaboradores dependientes e independientes del dentista crea unas relaciones indirectas entre la parte que recibe el la prestación de hacer y los colaboradores que no son parte de este singular contrato, sino de un contrato mercantil, probablemente de suministro de asistencia dental, en el que quien recibe la prestación ahora muta: y es el principal deudor/dentista que contrató con el paciente el concreto procedimiento dental (prestación de hacer, en la obligación del deudor del contrato de tratamiento odontológico y acreedor ahora de una prestación de suministro mercantil del colaborador independiente, deudor ahora de este contrato conexo).

Todo ello tiene su interés, en cuanto a la exigibilidad de responsabilidad por cumplimiento defectuoso del contrato, y como consecuencia de la aparición de daños dimanantes de tal relación contractual, al identificar estos otros contratos conexos que tienen todos ellos una unicidad funcional y que se encaminan a satisfacer el interés primario del acreedor principal, pero cuyo interés, insistimos, está excluido de las obligaciones del contrato, pues éstas se agotan para el deudor principal cuando se realiza diligentemente su prestación de hacer.

Ante la aparición de un daño como consecuencia del cumplimiento defectuoso del contrato, habrá que delimitar a quién se le puede exigir responsabilidad por parte del dañado.

Evidentemente, el dentista (deudor principal) será responsable en primer lugar. Sin embargo, como sostienen García Blázquez y Castillo Calvín, “cuando intervienen *varios profesionales*, deslindar actuaciones y responsabilidades, establecer límites de actuación, interrelacionar conductas y actos médicos, y en definitiva, determinar la causalidad entre el resultado producido y la concreta actuación analizada, se producen un cúmulo de dificultades técnicas, jurídicas, médicas, periciales, etc., que convierten la materia de la responsabilidad civil sanitaria en un tema complejo, en el seno de una materia ya compleja de por sí”⁵³⁴.

En la práctica actual de la Odontología es muy frecuente esta situación, con la intervención de diferentes profesionales (Higienista dental, auxiliares de enfermería o colaboradores de clínica dental, etc.) con relación de dependencia natural con el dentista, que en caso de originar un daño, se podrá imputar al dentista por su culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en su vertiente de la responsabilidad de los empresarios por los daños causados por sus empleados⁵³⁵, como veremos a continuación.

⁵³⁴ GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y CASTILLO CALVÍN, J. M., *Manual Práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos Jurídicos y Médico-forenses)*, 3ª Ed., Comares, Granada. 2011, p. 21.

⁵³⁵ Cfr., GONZÁLEZ ORVIZ, M. E., *La responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 86-89.

No nos cansamos de repetirlo, porque no debemos olvidar que la LAP exige al “médico responsable” el deber de información “sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales” (artículo 4 de la LAP); por lo que los otros profesionales con relación de dependencia clara con el dentista también están obligados a informar al paciente.

Pero, ¿hasta qué punto el paciente consiente con los otros profesionales dependientes del principal, la realización de un procedimiento concreto, dentro del contrato conexo, de naturaleza casi siempre mercantil, de suministro de servicios dentales, y teniendo en cuenta las obligaciones que la LAP impone a todos los profesionales que intervienen en el proceso sanitario? Y es que el contrato del acreedor-paciente es con el deudor-dentista. Pero se trata de un contrato de tratamiento odontológico que muestra una configuración fenoménica piramidal y tridimensional (en cuyo seno se relacionan no sólo el paciente con el dentista, sino con todo lo que a éste le acompaña –*vgr.*, el dictado de la buena fe, los usos y la ley, así como la participación material de auxiliares, y/o sus productos– y/o colaboradores, sean éstos o no “contratistas independientes”); por lo que un eventual daño sufrido por el paciente puede imputarse jurídicamente bien al principal cuyo auxiliar lo haya causado, si este ha incumplido el estándar de conducta exigible; o bien al colaborador independiente directamente⁵³⁶. Este es el fenómeno que nos llama la atención, que hemos mencionado de los “contratos conexos”, producto de la realidad social; es decir, de la necesidad de los empresarios, que haciendo uso de su autonomía de la voluntad contratan unas prestaciones (bienes o servicios) con otros empresarios o trabajadores autónomos (ya sean profesionales dependientes o independientes), con el objetivo de posibilitar la atención que requiere el consumidor dental en nuestro caso –por ejemplo, propiciar una mejor cartera de servicios, que puede

⁵³⁶ *N.B.* Por lo tanto, nada impide que se acuda a la vía de responsabilidad extracontractual, como veremos en el capítulo siguiente, reclamando una indemnización por el daño sufrido por el paciente al “especialista” (contratista independiente), si éste ha tenido una conducta culposa o de riesgo, anormalmente peligrosa y en este caso, se superará la relatividad del contrato dentista-paciente, pudiendo reclamar el paciente directamente al “especialista” contratista independiente, (como propone en sede de responsabilidad extracontractual el artículo 1:101 PETLs).

ser tanto en cantidad, como en calidad; es decir, una cartera más especializada—.

El “contrato conexo”, recordemos, es una institución catalogada como: “fenómeno de la conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante”⁵³⁷.

En la doctrina española, estos contratos se han venido considerando un fenómeno “conflictivo”, por su difícil calificación “al no existir criterios claros sobre los casos en que se producen y sus consecuencias jurídicas”⁵³⁸ y siempre han suscitado interés judicial⁵³⁹. No son una excepcionalidad en el Derecho español, ya que responden a una realidad fáctica igual, independientemente del ordenamiento que se estudie. Los “contratos conexos”⁵⁴⁰ (denominados, por ejemplo «*il collegamento negoziale*», en Italia; o «*les groupes de contrats*», en Francia) son aquellos que “teniendo una entidad propia, se vinculan de alguna manera entre sí, y han sido creados a través de la autonomía de la voluntad” (y añadiríamos, por exigencia del tráfico jurídico, según la realidad social del momento), los cuales superan la vinculación estricta de los contratantes para influir, propiciar, generar obligaciones y deberes en la esfera jurídica de individuos que no forman parte

⁵³⁷ LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, p. 273.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁵³⁹ *Cfr.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (SAP VA 231/2021, de 10 de febrero), Id Cendoj: 47186370012021100064); o la más reciente, Sentencia de la Audiencia Provincial de la SAP O 1740/2021, de 28 de abril (Id Cendoj: 33024370072021100169). Sorprende la masiva aparición de SSAP en los últimos años, condenando al reintegro de elevadas sumas correspondientes a créditos vinculados, como contratos conexos a la financiación de intervenciones dentales no ejecutadas, principalmente (aunque no de forma única) vinculados con cadenas de clínicas marxistas que han cerrado sus puertas, de forma abrupta, en casos como *Idental*, que han disparado la frecuencia de este tipo de procedimientos de consumo. Ya había jurisprudencia anterior (v. gr. la citada por la SAP O 1740/2021, «STS 700/2016 declara:”[...] la previsión de que el consumidor puede ejercer frente al empresario que le concede crédito los mismos derechos que tuviera frente al proveedor que ha incumplido el contrato, consideramos que incluye tanto el ejercicio de acciones, de modo principal o mediante reconvencción, como el planteamiento de excepciones frente a la reclamación por parte del financiador, pues de ambas formas se están ejercitando los derechos que para el consumidor resultan del incumplimiento contractual que ha sufrido.”).

⁵⁴⁰ *Cfr.*, LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, pp. 27-33.

de alguno de estos contratos, en el sentido de nuestro artículo 1257 CC, pero que sus efectos los vinculan como terceros; que sí tienen vínculo contractual entre sí, aunque solo en el contrato principal, al que están conectados los contratos anexos y por esa razón los vinculan de forma indirecta.

Tal es la calificación que se da a los contratos de crédito al consumo, vinculados o conexos, a la financiación de un contrato de tratamiento odontológico, mediante el cual el acreedor consigue satisfacer su prestación, pero que, en este caso particular está tipificado. También son conexos los contratos que realiza el deudor principal con sus suministradores (protésico dental, u otros profesionales independientes), que hacen posible la satisfacción del interés del paciente.

Se trata de una institución con una larga trayectoria (pero poco contenido normativo) y que genera todavía, como decimos, cierto interés jurídico, debido precisamente a la complejidad que entraña la exégesis de este apasionante apartado de los contratos, en España, a diferencia de algunos Ordenamientos internos de otros países, tanto de la Unión europea, como extracomunitarios, los contratos conexos prácticamente carecen de una regulación completa, salvo honrosas excepciones, como por ejemplo, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁵⁴¹ (LCCC). El caso de la LCCC es especial, dentro de los contratos conexos, puesto que es típico y su artículo 29 lo considera como «contrato vinculado»⁵⁴². Precisamente, las resoluciones que citamos de las AAPP⁵⁴³, se refieren a la creciente jurisprudencia menor relativa

⁵⁴¹ Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo. (BOE núm. 151, de 25 de junio).

⁵⁴² CARRASCO PERERA, ÁNGEL, 2021b, *op., cit.*, p. 202.

⁵⁴³ *Cfr.*, Resoluciones de las diferentes Audiencias Provinciales (años 2017-2021); v.g. SAP PO 150/2021, de 23 de abril, (Roj: SAP PO 892/2021; ECLI: ES:APPO:2021:892); SAP ML 17/2021, de 15 de marzo (Roj: SAP ML 46/2021; ECLI: ES:APML:2021:46), SAP M 19/2021, de 26 de enero, (Roj: SAP M 502/2021; ECLI: ES:APM:2021:502); SAP V 12/2021, de 18 de enero (Roj: SAP V 110/2021; ECLI: ES:APV:2021:110); SAP V 4/2021, de 11 de enero (Roj: SAP V 830/2021, ECLI: ES:APV:2021:830); SAP V 580/2020, de 23 de diciembre (Roj: SAP V 4626/2020, ECLI: ES:APV:2020:4626); SAP O 421/2020, de 11 de noviembre (Roj: SAP O 4890/2020, ECLI: ES:APO:2020:4890), SAP V 302/2020, de 26 de mayo (Roj: SAP V 737/2020, ECLI: ES:APV:2020:737); SAP M 13/2020, de 27 de enero (Roj: SAP M 398/2020, ECLI: ES:APM:2020:398); SAP V 21/2020, de 20 de enero (Roj: SAP V 403/2020, ECLI: ES:APV:2020:403); SAP M 400/2018, de 28 de septiembre (SAP M 13201/2018, ECLI: ES:APM:2018:13201); AAP GR 361/2018, de 15 de mayo (Roj: AP GR 483/2018, ECLI: ES:APGR:2018:483A); SAP V 401/2017, de 11 de noviembre (Roj: SAP V 4802/2017, ECLI:

a las reclamaciones de cantidad de afectados por los abruptos cierres de cadenas marxistas, que han disparado las resoluciones sobre resolución de créditos vinculados por tratamientos financiados y no realizados. Durante el periodo estudiado (2017-2021), adicionalmente a lo anterior, se observa un crecimiento exagerado de procedimientos de ineficacia de contratos de crédito al consumo, vinculados a tratamientos dentales inacabados (fundamentalmente en 2020, alcanzando 16 procedimientos de segunda instancia (crecimiento enorme si se tiene en cuenta que durante 2017 a 2019 solos se recogían sólo cuatro sentencias).

La jurisprudencia suele distinguir muy bien el caso concreto, cuando de imputación de responsabilidad se trata, en función de las acciones (en muchas ocasiones, de responsabilidad civil yuxtapuesta entre el profesional sanitario productor del daño, el centro sanitario donde éste se genera o contra las aseguradoras, en reclamación de cantidad, conjuntamente con aquellas, o en acción indemnizatoria directa, individual contra la aseguradora, del artículo 76 LCS).

Como sostiene Gutiérrez Jerez, por un “especial reflejo de las necesidades del tráfico jurídico en materia de contratación”, debemos fijarnos en que la conexión entre el contrato principal y el conexo tiene un “carácter funcional” y precisamente por ese motivo “sea o pueda ser relevante” la trascendencia jurídica que alcanza “la repercusión de la ineficacia de un contrato sobre otro o la extensión de la responsabilidad contractual de un contrato a otro”⁵⁴⁴. Sin olvidar –apuntamos nosotros– las especiales relaciones que puedan plantearse entre sujetos originariamente no vinculados por dichos

ES:APV:2017:4802) y SAP M 337/2017, de 10 de julio (Roj: SAP M 16594/2017, ECLI: ES:APM:2017:16594); todas ellas relativas a CCC, en los que son ahora los usuarios quienes actúan contra las financieras por causa del contrato conexo que los vincula con la financiación de tratamientos dentales, en todos los casos se admite si ha habido un incumplimiento total del contrato con la clínica correspondiente, que se restituya la prestación y se exonere del pago del crédito vinculado al usuario (consumidor/paciente/cliente). Es curioso que la jurisprudencia menor ha ido transformando una acción que de antaño era efectuada como reconvencción, en procedimientos instados contra el cliente por parte de la financiera, hacia estos procedimientos de ineficacia de contratos de crédito vinculados, cuando quien incumple es el dentista; actuando el cliente ahora por vía de acción, que no de reconvencción.

⁵⁴⁴ GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., 2021, *op. cit.* p. 316-317.

contratos, pero que, por mor de la conexión funcional, se ven abocados a una relación; a veces desconocida al inicio.

De antiguo, se ha advertido la complejidad que plantean tales contratos. Sucintamente, consisten no en la fusión de diferentes prestaciones de diversos tipos, sino en la realización de varios contratos que son independientes desde un punto de vista estrictamente formal, pero que, funcionalmente se relacionan entre sí, de manera que “conceptos como la causa, la responsabilidad o las obligaciones sinalagmáticas puedan operar más allá de los límites de un único contrato, más allá de su «marco conceptual» que es cada convenio aisladamente considerado.»⁵⁴⁵. Los efectos de la conexión contractual son, por una parte, la extensión de la ineficacia de alguno sobre otro (caso de la ineficacia sobrevenida del contrato de crédito vinculado a otro de suministro de asistencia dental cuando deviene ineficaz, por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del segundo); y por otra, la extensión de la responsabilidad, como habíamos vislumbrado al establecer la superación del artículo 1257 CC. Pues, como dice la STS 700/2016

(FD2.- “La previsión de la directiva [y de la Ley 16/2011 añadimos nosotros] se explica porque el consumidor que celebra estos contratos vinculados (adquisición del bien o servicio, celebrado con el suministrador, financiación del precio mediante un contrato de préstamo, crédito «u otra facilidad de pago similar» -art. 3.c de la directiva- celebrado con el financiador), se coloca en una situación de mayor desprotección jurídica que la que tendría si adquiriera el bien o servicio pagando el precio a plazos, mediante un solo negocio jurídico celebrado con el suministrador, que en este caso financiaría el fraccionamiento y aplazamiento del pago.” “El efecto de la vinculación entre ambos contratos es el debilitamiento del principio de relatividad de los contratos (*res inter alios acta allii neque nocet, neque prodest*) del art. 1257 C. C., lo que permite, frente a la entidad financiera que no ha incumplido su contrato de financiación, la estimación de la excepción de un contrato no cumplido, el de consumo, en el que la financiera no ha sido parte.”

Las razones de su reconocimiento legal podría ser perfectamente como dice Gutiérrez Jerez, “la tutela del interés de los consumidores o usuarios en

⁵⁴⁵ LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, pp. 329-334.

un determinado campo de contratación, o bien la tutela de intereses generales vinculados a derechos de especial protección”⁵⁴⁶, caso de los contratos de crédito vinculado, –pero también, de su reconocimiento jurisprudencial como “de tipificación social”, en nuestra opinión– (pensemos, por ejemplo, en el derecho a la integridad física y psíquica de la persona natural y el derecho al acceso a los servicios sanitarios dentales. Es decir, la función económica⁵⁴⁷ del contrato de tratamiento odontológico).

Dependiendo de la estrategia procesal que se plantee en el ejercicio de las correspondientes pretensiones que se reclamen, el consumidor dispone en estos casos de un *ius variandi*, de forma que, ante la existencia de un daño indemnizable, el perjudicado podrá actuar (según diferentes motivos, entre otros, la facilidad probatoria, la situación financiera del centro sanitario o del propio profesional, las cláusulas delimitadoras del objeto de los contratos de seguro de los diferentes candidatos, etc.), acciones indemnizatorias de responsabilidad civil dirigidas bien únicamente contra el dentista, bien contra uno o varios colaboradores, conjunta o separadamente con el dentista, o contra el centro sanitario, e incluso la acción directa del artículo 76 LCS, contra cualquiera de ellos.

Independientemente de lo anterior, además, el paciente, cliente/consumidor, siempre puede fundamentar la responsabilidad del dentista por hecho ajeno de sus colaboradores basándose en la otra faceta organizativa que mencionamos antes y en la normativa de consumidores y usuarios. Esto es, en palabras de Villanueva Lupión⁵⁴⁸, la “responsabilidad por la organización, en la que el paradigma ya no es la relación entre empresario y el dependiente, sino la asunción objetiva de responsabilidad del empresario que es titular o de los bienes que componen el propio patrimonio”; responsabilidad contractual del deudor que también se extiende al contratista independiente por el hecho de la “introducción voluntaria de este tercero en el

⁵⁴⁶ GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., 2021, *op. cit.* p. 319.

⁵⁴⁷ *Vid.*, Díez-PICAZO, L., 2010, *op., cit.*, p. 42.

⁵⁴⁸ VILLANUEVA LUPIÓN, C., 2009, *op. cit.*, p. 124.

cumplimiento de la obligación” y en el principio de relatividad del artículo 1257 CC y en la obligación de indemnizar que nace del cumplimiento defectuoso o incumplimiento del contrato (1101 CC).

La propuesta del DCFR propugna, según Roca Trías, que “la persona que ha sido víctima del daño tiene derecho a que le indemnice quien lo ha causado de forma intencional o negligentemente. [...] En el fondo de esta discusión se encuentra una regla fundamental de la sociedad moderna relativa a las funciones de resarcimiento” de los sistemas continentales, que excluyen la función punitiva de los sistemas del *soft law*, basados en la tradición angloamericana⁵⁴⁹. Esto quiere decir que se propone que quien produzca el daño sea el responsable de indemnizar al dañado, independientemente de la relación jurídica de la que provenga el daño.

Por este motivo, afirmamos que en el contrato de tratamiento odontológico se supera el artículo 1257 CC, pues el perjudicado que sufre un daño dimanante de una asistencia dental, debe tener la seguridad de que va a ser indemnizado, bien directamente por el deudor de la prestación de hacer –dentista autónomo o empresa contraparte del contrato–, o por el especialista que *lo trató* y era colaborador independiente de aquél deudor principal, o por la Higienista que lo atendió, colaboradora dependiente de la contraparte, en este caso.

La realidad es que la ejecución del contrato de tratamiento odontológico, que vincula relativamente a deudor/dentista y acreedor/paciente, involucra a su vez una serie de actuaciones que son realizadas por “los otros” profesionales. Y el acreedor de la prestación de hacer, como usuario, tiene derecho a ser indemnizado ante la aparición de un daño y reclamarlo frente al

⁵⁴⁹ *Cfr.*, ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 21 y ss. Roca Trías sostiene que las funciones que cumple el derecho de daños en la actualidad son la “reintegración de la situación alterada al mismo estado que existía antes de la producción del daño” («función reintegradora»); esta función se puede formular de un modo distinto en el sentido que la indemnización siempre debe producir el resarcimiento del daño causado y por ello se habla de función resarcitoria”; junto a la función sancionadora, menciona la función disuasoria o preventiva, en una suerte de “socialización del riesgo”.

deudor principal, por lo general, y en especial, frente a quien lo produjo por su actuación.

El acreedor, veremos, dispone de varias alternativas: la primera, y por lógica, es actuar –como decimos– frente a la contraparte con la que consintió. Pero no se agota ahí la capacidad de accionar: el acreedor podrá actuar directamente contra la aseguradora tanto del deudor principal, como contra la aseguradora del deudor del contrato de suministro mercantil de asistencia dental, cuando el daño sea responsabilidad del ahora deudor del deudor (nos referimos al colaborador independiente, a través del cual se llevó a cabo realmente la prestación dental del deudor principal del contrato de tratamiento odontológico).

Por otra parte, y a sensu contrario, habría que analizar las consecuencias tanto del incumplimiento del paciente, como las de un eventual desistimiento unilateral por su parte (y los deberes de liquidación e indemnización de daños al proveedor del servicio, contraparte contractual), en los contratos de tracto sucesivo, y creemos que el contrato de tratamiento odontológico lo es por definición (la salud es la ausencia de enfermedad; y entre enfermedad y salud hay un tránsito continuo y biunívoco donde tiene lugar la actividad sanitaria), el paciente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento y con efectos inmediatos. Y, además, así lo configura legalmente la LAP, cuando establece la libre revocación del consentimiento, con las formalidades establecidas al respecto y en cualquier momento. Por ejemplo, si el paciente revoca el consentimiento para un procedimiento en el que ha sido informado de la posibilidad de existencia de un contrato conexo porque en el contenido del consentimiento informado se especifica que el dentista podrá llevar a cabo intervenciones directamente por sí (como deudor de la prestación de hacer) o mediante otros colaboradores mercantiles, ¿hasta qué punto esta conexión de contratos debe ser tenida en cuenta para cuantificar la parte de la prestación monetaria que deba exigirse como devolución, si ésta es mayor que la prestación satisfecha por el acreedor principal? Todo dependerá, pues de si estaba o no informado de tal situación el paciente...

Evidentemente, como sostiene Beluche Rincón, con el efecto extintivo no retroactivo, por lo que las prestaciones ya ejecutadas y las atribuciones realizadas como consecuencia de ellas habrían quedado efectivamente consolidadas⁵⁵⁰. Según esta autora, sería exigible un «preaviso» —exigencia del artículo 1258 CC—, que no puede considerarse requisito esencial para la validez del desistimiento, pero su observancia o inobservancia afectará a las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicho desistimiento.

Mirando la propuesta europea, recuerda que el DCFR contempla diferentes soluciones indemnizatorias dependiendo de que el cliente ponga fin a la relación contractual con o sin justificación (IV.C artículo 2:111: Derecho del cliente a resolver el contrato).

Resulta posible terminar la relación con el prestador de servicios por decisión unilateral del cliente, que si está justificada⁵⁵¹, en este caso no acarreará obligación alguna al cliente de indemnizar, pero que si no lo está, otorga un derecho de crédito al prestador de servicios —deudor principal del contrato de tratamiento odontológico— que podrá reclamarle potestativamente una indemnización al acreedor extinguidor de la relación.

Como vemos, la libre decisión del paciente de finalizar la vinculación contractual con el dentista —que será en todo caso efectiva— le obliga, en principio, a resarcir los daños al profesional y, sólo si esa resolución unilateral encuentra justificación en una de las causas que se tipifican, el cliente (acreedor principal) no deberá afrontar compensación alguna. Por este motivo, a la hora de valorar el daño derivado de la asistencia dental, cuando el paciente extingue unilateralmente la relación, habrá que valorar también en qué medida

⁵⁵⁰ BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *Rev. Derecho Civil*, 2015, pp. 69-126.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 110. Sostiene el autor que la resolución unilateral será justificada en tres casos: a) que la misma esté contemplada en el contrato y el cliente cumpla todos los requisitos, como por ejemplo el preaviso correspondiente, b) incumplimiento esencial u otra forma de incumplimiento en que hubiera incurrido el prestador del servicio, motivadora de la resolución y c) cuando el cliente tuviera este derecho a resolver porque se tratara de un contrato de duración indefinida y hubiera notificado dicha resolución con una antelación razonable, como exige la disposición 1:109 (2) del DCFR.

afecta a la indemnización por compensación al dentista por el resto del trabajo inacabado por decisión del paciente.

Se trata, como ya mencionamos a pie de página, de una excusa muy frecuentemente utilizada en los procedimientos de responsabilidad civil, en los que se achaca la ruptura de nexo causal al abandono del tratamiento por parte del paciente.

A modo de reflexión final acerca de la naturaleza del contrato que une al dentista y al paciente/cliente/consumidor, proponemos el modelo del contrato de tratamiento odontológico como esquema capaz de aunar en un “tipo globalizador” este atípico contrato de especialísimo objeto y cuya complejidad necesita a veces una regulación específica.

Si bien es cierto que los errores profesionales son humanamente posibles, no es más cierto que el dentista trabaja en la boca de un ente biológico distinto cada vez, tanto *ad intra* (por el permanente dinamismo de la biología de un mismo individuo en momentos temporales diferentes), como *ad extra* (por la variabilidad interindividual consustancial con la esencia humana) y no siempre se consigue el objetivo propuesto.

En este binomio dentista/paciente, ni el dentista se merece trabajar acongojado y a la defensiva, ni el paciente puede vivir en la incertidumbre de si va a ser o no indemnizado y en qué cuantía, caso de concretarse un daño indemnizable.

Lo cierto es que la tendencia en sede de responsabilidad civil sanitaria, que quizás veamos materializada algún día, es que cuando un paciente/cliente/consumidor de asistencia dental acredite un daño, tendrá meridianamente claro quién, cómo y cuánto le van a indemnizar. Cosa que hoy por hoy no podemos afirmar con rotundidad, precisamente porque carecemos de una tipificación contractual que nos señale claramente el régimen por el que se rige el remedio frente al incumplimiento de las obligaciones del contrato en cuestión.

Para concluir, el consentimiento informado no solo une contractualmente al paciente con el dentista de forma recíproca, como vendría a determinar el artículo 1257 CC, en cuanto a la responsabilidad de éste, sino que precisamente por las particularidades del tipo especial de contrato de servicios (de obligación de *facere*) en la esfera odontoestomatológica, a través del consentimiento informado surgen unos efectos externos y de responsabilidad por hecho ajeno (de los colaboradores del dentista) o responsabilidad propia del fabricante o suministrador de productos sanitarios, así como de los profesionales colaboradores externos no dependientes de la contraparte.

Acciones indemnizatorias que, como veremos a continuación, son compatibles con las previstas en el artículo 148 TRLGDCU y con la acción directa del artículo 76 LCS, frente a una aseguradora, sea quien sea el responsable del daño.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD

A efectos de nuestra Tesis, a vueltas con el hilo conductor de la misma, debemos pensar de dónde nacen legalmente las obligaciones de hacer y qué ocurre cuando se incumplen tales obligaciones, especialmente las que nacen del Contrato de tratamiento dental. Conviene no perder de vista que obligaciones son dar, hacer o no hacer alguna cosa y que el artículo 1089 CC enumera las fuentes de tales obligaciones. Encontramos obligaciones que nacen directamente de la ley (tal es el caso del consentimiento informado), y en otros casos, de los contratos, entre otras fuentes. Cuando uno incumple su obligación, incurre en «responsabilidad», que ya veremos, se trata de un concepto ambiguo, polisémico, y que, además, tiene diferentes regímenes en cuanto a su tratamiento legal, según la obligación o deber jurídico que se incumpla.

Pero desde el punto de vista de este trabajo, es importante recordar que la responsabilidad por la ausencia de consentimiento informado en ocasiones, se considera por la jurisprudencia independientemente de la que se deriva por la producción de daños o de la culpa, o la mala praxis (bien, como daño moral, pérdida de oportunidad, etc.)⁵⁵². Pero esto, desde mi punto de vista (y, sobre todo, tras un estudio riguroso del proceso) no creo que sea correcto: si el consentimiento informado es parte de la *lex artis*, su ausencia debería acarrear una responsabilidad contractual, en todo caso, puesto que el profesional está incumpliendo su obligación más elemental y con ello, en el contrato de tratamiento odontológico (mera actividad diligente); por lo que se incurriría automáticamente en responsabilidad contractual, en presencia de contrato, por ausencia del preceptivo y previo consentimiento informado, al que está obligado el dentista, en su obligación de hacer, antes de realizar cualquier procedimiento.

Cuando se han incumplido deberes de información, en mi opinión, no habría que probar negligencia alguna: sin consentimiento informado válido, se

⁵⁵² ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2021, *op. cit.*, p. 455.

traslada la responsabilidad directamente al deudor de la prestación de actividad, y quien asume los riesgos de la intervención no será el acreedor de la prestación de hacer, sino su deudor incumplidor: el dentista. Porque, como sostiene Yzquierdo Tolsada, en la obligación de medios, la culpa del profesional no es más que la ausencia de diligencia en su actividad y sirve, en estos casos, como factor de imputación de incumplimiento. Es decir, si no hay diligencia, existirá incumplimiento⁵⁵³.

3.1. La responsabilidad en el sistema español

El diccionario jurídico Panhispánico de la RAE define la palabra responsabilidad como “Obligación de resarcir las consecuencias lesivas para los derechos o intereses de otra persona derivadas de la actuación propia o ajena, bien se deriven aquellas del incumplimiento de contratos, o bien de daños producidos por simple culpa o negligencia”⁵⁵⁴.

Habrà que convenir que esta definición tiene ciertas limitaciones, pues, aunque no siendo del todo inexacta, parece equiparar la responsabilidad con la obligación de indemnizar y hoy no siempre la obligación de «resarcimiento» está presente en la responsabilidad. Más bien, como sostiene Díaz-Bautista Cremades, tiene que ver con la tradición romanista de nuestro Ordenamiento, en concreto con la «responsabilidad contractual», que tiene un “clarísimo

⁵⁵³ Cfr., YZQUIERDO TOLSADA, M., 1989, *op. cit.*, pp. 273 y ss.; Vid., BASOZABAL ARRUE, X., “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 181-207. Quien opina que, desde la perspectiva del contrato dentro de las propuestas unificadoras, los remedios por incumplimiento de obligaciones informativas podrían organizarse en torno al interés de no haber contratado, o bien en torno al interés en el contrato. El autor sostiene que “quien contrata desconociendo algún dato relevante y recibe además una prestación que no es la que tenía derecho a esperar conforme al contrato, podría estar interesado en acudir a los remedios por incumplimiento”, y perseguir su «interés positivo» en el contrato; pero “también podría estar interesado en librarse del contrato y evitar sus efectos, acudiendo a los remedios por invalidez, si consigue probar que concurre alguno de los supuestos de ésta, y hacerse indemnizar según el «interés de confianza»”. En cuanto a los primeros, recoge la reparación, la actio quanti minoris, la resolución directamente “sin necesidad de imputar subjetivamente el incumplimiento” más la eventual indemnización del interés positivo o de cumplimiento (que sí deberá ser imputado subjetivamente) o como adaptación del contrato (reducción del precio); más eventual indemnización por daños.

⁵⁵⁴ RAE. Diccionario Panhispánico del español jurídico; <https://dpej.rae.es/>

origen romano”⁵⁵⁵; pues la propia “noción de *obligación* conlleva el deber de reparar los daños causados por su incumplimiento”.

Recordemos que Morales Moreno se refiere al contrato como un mecanismo de reparto de riesgos entre las partes o regla de conducta para la imputación del daño a alguno de los contratantes⁵⁵⁶. De materializarse el riesgo, responderá aquella parte a la cual se le asignó este, es decir, según se pactó. En este reparto del riesgo y en la responsabilidad, qué duda cabe, el consentimiento informado es un elemento configurador de la responsabilidad en Odontología, sobre todo, si tenemos en cuenta que se trata de un contrato de servicios, como hemos visto, o de mera actividad, pero legalmente intervenido a varios niveles. Por lo que, a través del consentimiento informado, se distribuye el riesgo entre el acreedor (que decide libremente someterse a un determinado procedimiento, conociendo cuáles riesgos concretos consiente) y el deudor (que legalmente, está compelido a realizar el servicio o la prestación de hacer, de forma especialmente diligente, de acuerdo a la *lex artis*).

Pero, pese a su evidente relación, «responsabilidad» –en abstracto– e «indemnización» son instituciones bien distintas: una cosa es la aparición de un daño indemnizable (porque como decimos, únicamente el daño –y no cualquier daño, como veremos en el capítulo siguiente– es lo que determina el surgimiento de la obligación de indemnizar) y otra, bien diferente es la responsabilidad, que implica el incumplimiento de una norma jurídica.

Yzquierdo Tolsada sostiene que estaremos hablando de responsabilidad, “cada vez que resulta incumplido un deber de carácter jurídico”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., De la «*actio legis Aquiliae*» a la responsabilidad civil extracontractual. Una hipótesis temprana, en ATAZ LÓPEZ, J. y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II, Capítulo 46, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 57-58.

⁵⁵⁶ MORALES MORENO, A. M., 2011, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁵⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 29. Matiza el autor, previamente, con carácter introductorio, que es «en un sentido muy amplio» y en un contexto permitido por «el cómodo método de exclusión», donde inserta el inicio del Capítulo I, dentro de la Primera Parte de las tres que conforman esta genial obra. No hay Prólogo, ni Prefacio. Nada que distraiga al lector: se trata de una estructura narrativa clásica en tres actos: «Delimitación y especies de la Responsabilidad Civil»; «Elementos de la Responsabilidad Civil» y «Efectos o consecuencias de la Responsabilidad». Probablemente, el *nudo* está

Una calculada ambigüedad que, pese a constituir “uno de los conceptos jurídicos angulares de todo Ordenamiento”⁵⁵⁸, sin terminar de definirla con exactitud, posibilita distinguir a qué responsabilidad nos referimos, en función –precisamente– del deber jurídico incumplido.

Distinguir qué «deber» resulta incumplido podría ser, por tanto, una de las fórmulas útiles para aproximarnos a este concepto. Quizás por eso, el artículo 1089 CC se ha convertido en eje o «hilo conductor» de nuestro trabajo, pues nos ayuda a distinguir en qué responsabilidad se incurre en función de la «obligación» concreta que resulte incumplida, al tiempo que nos remite al «daño», lo que conecta con el siguiente capítulo de este trabajo: que es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, y su cuantificación resulta imprescindible para indemnizar⁵⁵⁹; la manera en que podemos equilibrar de forma conmutativa⁵⁶⁰ con la reposición *ad integrum* a su estado anterior (en la medida de lo posible), de quien no tenía el deber de soportar tal daño.

En nuestra opinión, ante la existencia de un perjudicado que presenta un daño, debería simplificarse el régimen de responsabilidad civil hacia una unificación ecléctica y globalizadora que se centre en «indemnizar», sin

en los «*Elementos de la Responsabilidad Civil*», finalmente, gana el *desenlace*. Estamos ante una obra perfectamente medida: algo más de cien páginas dedicadas a desenmarañar las distintas clases de responsabilidad, y dos pilares enormes de tamaño similar (doscientas páginas cada uno) destinados al análisis y síntesis de los elementos de la responsabilidad (Segunda Parte) y los efectos de la responsabilidad (Tercera Parte). Pareciera existir cierta similitud entre el estilo de este autor con el de RUDOLF VON JHERING porque, al igual que él, escribe con “alegre ironía; pero sin acritud ni sarcasmos, y sin ligerezas. Siempre muestra un profundo conocimiento de todo lo que trata”, tomando prestadas las palabras de JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, de la Introducción de *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 21.

⁵⁵⁸ SANZ ENCINAR, A., 2000, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁵⁹ En cuanto a la indemnización en sede de responsabilidad contractual, *Cfr.*, CARRASCO PERERA, A., *Comentario a los artículos 1101 a 1107 del Código Civil*, en MANUEL ALBADALEJO (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1.º, Edersa, 1989, Madrid, 1989, p. 403; cuando afirma “hay que sostener que la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del daño injusto de incumplimiento. Ni se constituye esta indemnización en «objeto de la obligación» incumplida, sino en *consecuencia del incumplimiento* del deudor”.

⁵⁶⁰ *Cfr.*, PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, *AFDUAM*, 4, 2000, p. 190. Se refiere el autor a la Responsabilidad civil extracontractual como «institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia *conmutativa* entre dañante y perjudicado», con la «primacía de la culpa» como excelente criterio de imputación (incluso en la responsabilidad Patrimonial de la Administración, contrariamente a la pretendida responsabilidad objetiva de ésta).

encorsetar su régimen como contractual o extracontractual, o rebajando el listón de la causalidad de forma artificiosa a veces; en la línea de lo manifestado hace veinte años por Yzquierdo Tolsada, quien reconocía que las tendencias del derecho de la Unión europea tienden “a eliminar de una vez por todas la obsesión de nuestro legislador decimonónico”⁵⁶¹ en deslindar lo que sea la responsabilidad contractual/extracontractual, manteniendo injustas diferencias en cuanto a plazos de prescripción (aminorado el contractual no hace mucho tiempo, por cierto), estableciendo mecanismos de imputación diferentes, artificios imputativos basados en la realidad de la incertidumbre causal, incluso realizando trampas a la hora de establecer ausencias de concursos de normas contractuales y extracontractuales con el objetivo precisamente de una supuesta unidad de culpa civil paliativa del daño de la víctima por razones de estricta justicia material⁵⁶².

Es verdad que los nuestros Tribunales, por razones de “justicia material”, en algunos casos vean que la culpa extracontractual se yuxtapone a veces con la contractual, y de paso, lograr resarcir al paciente al máximo, indemnizando unitariamente por culpa civil (“siendo el criterio de unidad de culpa civil recogido por el Tribunal Supremo Sala 1ª, en sentencias de fecha 24 de julio de 1998, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 30 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000, en el mismo sentido la S.T.S. de 31 de diciembre de 1997: cuando el hecho dañoso es violación de una obligación contractual (o similar) y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente.... todo a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible”,

⁵⁶¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *DS*. 2001, pp. 44 y ss.

⁵⁶² *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 32. Justifica el autor, por exposición de la doctrina del Tribunal Supremo, que son los hechos lo importante e inmutable, mientras que es el tribunal quien puede “alterar la cita legal” de la demanda, “por el principio contenido en el brocado *da mihi factum, dabo tibi ius.*”, con cita de la STS de 11 de abril de 2002.

(referenciando la STS 18 de febrero de 1997)⁵⁶³. Con arreglo a este concepto⁵⁶⁴, “en los supuestos de concurrencia de acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, los tribunales pueden resolver con arreglo a una u otra, aunque no hayan sido alegadas por la parte demandante, sin que ello implique incurrir en incongruencia, pues a través de los hechos se puede determinar el derecho aplicable”⁵⁶⁵, con cita la STS de 30 de marzo de 2006, que se remite a la anteriormente referenciada de 18 de febrero de 1997⁵⁶⁶ y 8 de abril de 1999, las cuales afirmaban que la pretensión procesal (*causa petendi*, junto con el *petitum*) “se define por el relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación...”. En realidad, afirma Domínguez Luelmo que se trata de un “mito” que ha ido elaborando la jurisprudencia para cuando por un mismo

⁵⁶³ DAMIÁN VÁZQUEZ JIMÉNEZ, F., “Aspectos prácticos de la responsabilidad médica”, *Rev Miramar*, noviembre-diciembre, 2007, pp. 50-53.

⁵⁶⁴ *Vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, pp. 138 y ss. Explica el autor que con origen en los años ochenta, la evolución de esta teoría, que basada en el ya citado principio para «los listillos» de que lo importante son los hechos (*da mihi factum, dabo tibi ius*) y que “... los jueces no parecen tener mucho inconveniente en reemplazar con un abuso manifiesto del principio de *iura novit curia*, ora la incompetencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal”.

⁵⁶⁵ *Cfr.*, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, 2007, pp. 73-74; y DÍEZ-PICAZO, LUIS, 2000, *op. cit.*, pp. 263-264. Criticando este último a los «sostenedores de este punto de vista» (que considera un «falacia») que propugnan una unificación de los regímenes contractual y extracontractual en cuanto a responsabilidad civil en casos de resarcimiento a consecuencia de la culpa de otro, en una suerte favorecedora de la indemnización en todo caso. Se refiere al artículo 1104 CC, cuando algunos lo trasvasan alegremente de sede, olvidando con ello que dicho artículo se refiere a «obligación» como lugar en que debe expresarse la diligencia a la que alude el precepto. Pide a los jueces que no acepten estas «trampas» que supone la alegación de preceptos de responsabilidad extracontractual en supuestos de hecho donde el deudor y el acreedor han fundado la relación bajo el parámetro de la responsabilidad contractual, asumiendo por tanto una determinada distribución de riesgos. Aquí, creo acertado considerar que no existe más que una concurrencia de normas, y lo que deberá hacer el juzgador es aplicar la que deba, siguiendo los criterios del concurso de leyes, en sentido estricto.

⁵⁶⁶ El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que sería erróneo considerar como *incongruente* una sentencia fundada la decisión en normas de culpa distintas a las invocadas, cuando el perjudicado haya fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, ante “las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, dificultades que, el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio”.

hecho, son aplicables soluciones extracontractuales o contractuales, en concurso, incluso sin ser alegada de parte tal fundamentación jurídica⁵⁶⁷.

Conectado con el planteamiento inicial, haremos una especial consideración al daño/ausencia de consentimiento informado válido, o más concretamente, el defecto invalidante de la ausencia de la información precontractual *per se* (la previa información) que el Tribunal Supremo, en sede civil, considera últimamente como daño indemnizable autónomo, por la “pérdida de oportunidad de evitar el daño final”⁵⁶⁸; mientras que, en sede contencioso-administrativa, “la lesión de la autonomía del paciente sin hacer causa de la incertidumbre respecto del resultado [...] parece que se ha asentado”⁵⁶⁹. Ambas con la misma interpretación acerca del *quatum* indemnizatorio, pues se calcula como un porcentaje relacionado con la probabilidad de producción del daño.

Con esta salvedad, y como veremos los capítulos siguientes, el daño es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, cuya valoración o cuantificación resulta imprescindible para indemnizar.

3.1.1. La responsabilidad

En la aproximación a la responsabilidad, desde el punto de vista del *incumplimiento* de “un deber de carácter jurídico”, que hace Yzquierdo Tolsada, radica la justificación de una distinción entre responsabilidad criminal frente a la civil, de la responsabilidad civil pura frente a la responsabilidad civil derivada del delito (con crítica a su dualidad normativa) y finalmente; la responsabilidad civil contractual y extracontractual (con una

⁵⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 2007, *op., cit.*, p. 73.

⁵⁶⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2021, *op., cit.*, p. 455. Afirma que, en la doctrina de la pérdida de oportunidad, la indemnización se fija «teniendo en cuenta la probabilidad de que, con el comportamiento debido, el daño final no se hubiera producido» (entendiendo por tal, que se hubiera evitado el «daño patrimonial y moral de la lesión a la salud o la vida» para el lesionado no informado y un «daño reflejo» en los perjudicados, en caso de muerte). Un poco más adelante, en relación a este daño autónomo, dice: «respecto del interés lesionado, se está propiamente en un plano de causalidad parcial» (pp. 461-462).

⁵⁶⁹ *Ídem.*

reflexión final, anteriormente reseñada, sobre la conjunción de responsabilidades y la tendencia algo discutible hacia la unificación de ambos regímenes). Acerca de los elementos de la responsabilidad, identifica la acción u omisión, el daño, la relación de causalidad; los factores de atribución, diferenciando entre diferentes esferas, como la responsabilidad por actos propios y por actos ajenos, entre otras; incluyendo un apartado final (al que nos referiremos más adelante) sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos. Finalmente, como efectos o consecuencias de la responsabilidad, analiza la legitimación activa (víctima y perjudicados), la legitimación pasiva (el productor directo o indirecto del daño); las acciones y, separadamente, la prescripción y su cómputo; las diferentes formas de reparación y un corolario imprescindible: el análisis del seguro de responsabilidad Civil, con especial atención a la acción directa⁵⁷⁰.

Ese esquema puede servir de guía para exponer a continuación, brevemente y a los solos efectos de esta Tesis, las notas de las diferentes parcelas que se pueden distinguir en la responsabilidad.

3.1.2. La delimitación jurisdiccional de la responsabilidad

La Jurisdicción ordinaria, según lo que se desprende del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante «LOPJ»), consta de cuatro órdenes: civil, penal, administrativo y social. Sin embargo, se excluye la vía social para conocer de procedimientos sobre responsabilidad sanitaria⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 29.

⁵⁷¹ *Cfr.*, PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuad. Civitas, Madrid, 1995, p. 31, en cuanto a éste último, el orden social, señala Pantaleón que, a partir de 1993, la jurisprudencia descartó la jurisdicción social para conocer de las cuestiones de responsabilidad civil de los servicios públicos de Salud «a causa de la negligente o defectuosa asistencia sanitaria a beneficiarios de tal prestación de la Seguridad Social»; confesando su opinión acerca de la «mayor solidez» de las razones normativas en favor de ello. Finalmente, la promulgación de la Ley 13/1998, de 13 de julio, zanjó la discusión, aceptando los enunciados de la doctrina y la jurisprudencia, de forma que se estableció claramente la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para el conocimiento de asuntos de responsabilidad sanitaria derivada de actuaciones llevadas a cabo dentro del Sistema Nacional de Salud; por cuanto, según lo previsto en el apartado «e)» de su artículo 2, este orden conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «(l)a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo

Por lo tanto, son tres los órdenes jurisdiccionales en los que se podría sustanciar una reclamación indemnizatoria por un asunto médico: el orden Penal, el Contencioso-Administrativo y el orden Civil, según se describe a continuación.

Además, habrá que distinguir la concreta relación que exista en el caso concreto para construir la relación procesal correspondiente: la responsabilidad podrá exigirse al profesional directamente, por varios cauces; o bien al centro sanitario, distinguiendo en ambos casos en qué sede estamos, dado que, como hemos visto, el ejercicio de la odontología no sólo puede ser privado o público, sino que puede ser independiente o dependiente, por cuenta propia o ajena, en conexión con otros profesionales, a su vez dependientes o independientes, o trabajando en equipo y, por otra parte, el usuario, a su vez, puede haber llegado a esta relación de la mano de una aseguradora de asistencia sanitaria o no.

Todo ello implica una casuística que habrá que analizar caso por caso, y entablar las correspondientes acciones acumuladas, o sucesivas o independientes, con posterioridad; si no se consigue la indemnización. El consumidor dispone de una serie de acciones, por ejemplo, frente al productor del daño, (el profesional dentista con quien contrata, o bien la persona jurídica con la que contrató/centro sanitario), o bien, directamente, contra la aseguradora de cualquiera de ellos, por mor del art. 76 LCS, acción directa; que en el caso que dicha empresa sea la Administración, este artículo confiere al perjudicado la posibilidad de elegir por qué vía jurisdiccional pueda accionar, teniendo en cuenta la mayor facilidad de prueba en el orden contencioso-administrativo, pero la mayor celeridad procesal del orden Civil⁵⁷².

ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

⁵⁷²Cfr., *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* (BOE núm. 250, de 17 de octubre). Artículo setenta y seis. “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones

A) Orden Penal

Se acudirá a la jurisdicción Penal cuando se impute al profesional sanitario la comisión de un delito, tanto si su actuación ha sido en el ámbito público⁵⁷³ como privado; es decir, cuando sus acciones u omisiones son típicas, culpables y punibles⁵⁷⁴.

Como hemos expuesto anteriormente, “parece difícil que un profesional sanitario cometa su acción dañosa de forma dolosa (y desde luego, será casi imposible probarlo); por lo que lo habitual será que pueda probarse una imprudencia, en este sentido, debemos acudir a la previsión legal del artículo 12 CP que dice que «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»⁵⁷⁵, en este sentido, Carrasco Perera

personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”. La dicción literal del artículo da lugar a diferentes interpretaciones, pero la Jurisprudencia entiende que la jurisdicción civil será la competente en todo caso (*Vid.*, Auto del Tribunal Supremo, Sala Especial de Conflictos, Sección 42, de 24 de abril de 2015, Ponente Inés Huerta Garicano, recurso número 4/2015, Roj: ATS 2965/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2965A, Id Cendoj: 28079160422015200007), cuando se ejercite la acción directa. Sin embargo, esta cuestión no es pacífica y suscita interés jurídico, por cuanto una intervención provocada de la Administración podría transformar el procedimiento civil en un procedimiento contencioso-administrativo (o no, según la decisión de los diferentes órganos jurisdiccionales).

⁵⁷³ *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, pp. 269-273. La competencia la tienen siempre los tribunales penales., sin exclusión de esta jurisdicción, cuando el ilícito penal típico se haya producido por personal de la Administración. *Cfr.* Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre), en su artículo 37.1. remite a la jurisdicción penal la exigencia de «responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

⁵⁷⁴ *Cfr.*, GARCÍA GARNICA, M. C., 2020, *op. cit.*, p. 36. La autora explica que tras la reforma del CP en 2015, se intentaba descongestionar los juzgados transformando en *delitos leves* las antiguamente catalogadas *faltas*. “De conformidad con ello, el legislador destaca en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, su intención de despenalizar el homicidio y las lesiones por imprudencia leve, reconduciendo su tratamiento jurídico a la reparación del daño en vía civil; y reservar la intervención penal para el *homicidio* y las *lesiones graves* causados mediando *imprudencia grave* (apartado 1 del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152 CP); así como para el delito de homicidio y lesiones graves por *imprudencia menos grave*, que entran a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal). El objetivo de esta modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave es procurar una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche. Ello se traduce, en lo que ahora nos interesa, en la exclusión del ámbito penal de los supuestos de *imprudencia leve*, de conformidad con el principio de intervención penal mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio”.

⁵⁷⁵ CORPAS PASTOR L., “Posibilidades de la Mediación penal en procesos por responsabilidad médica”, *Rev. Dig. Penal*, 10(21), Septiembre, 2017, Edit. Sepin, SP/DOCT/23235, online, www.sepin.es/penal/; *Vid.*, nota núm. 13.

afirma que la imprudencia “es constitucionalmente precisa para imponer al autor una medida restrictiva de derechos”⁵⁷⁶. El Código Penal ofrece diferentes acciones tipificadas como delito “que un profesional sanitario puede cometer por imprudencia, en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, delitos de Homicidio por imprudencia grave (art. 142.1), por imprudencia profesional (art. 142.1. párrafo 3º). Aborto por imprudencia grave (art. 146, párr. 1), o por imprudencia profesional (art. 146, párr. 2). Lesiones (art. 147). Lesiones por imprudencia grave (artículo 152.1 CP, en relación a los artículos anteriores).”⁵⁷⁷.

“Por el Principio de Legalidad, incurren en responsabilidad penal los profesionales sanitarios únicamente si sus acciones u omisiones están tipificadas en el Código Penal. La mayoría son tipos resultativos; es decir, se exige el resultado (fallecimiento, lesión...). Por ejemplo, los medios empleados en las lesiones (artículo 147 CP) son indeterminados: “por cualquier medio o procedimiento”, con la única excepción del tipo agravado previsto en el 148.1 y 2 CP. Por lo tanto, habrá responsabilidad penal del facultativo únicamente si sus acciones u omisiones derivan en delito; mientras que incurren en responsabilidad administrativa cuando la acción cometida por el sanitario no llega a ser delito, pero su conducta se encuentra tipificada como falta administrativa. Así, en sentido sancionador, no cabe doble sanción administrativa y penal (*ne bis in idem*) por un mismo hecho.”⁵⁷⁸.

Aunque la inmensa mayoría de las causas penales en los que se hallan inmersos los profesionales sanitarios son por imprudencia, es frecuente el encausamiento criminal de un profesional sanitario por un posible delito doloso: el delito de falsedad documental, por ejemplo, relacionado bien con el consentimiento informado⁵⁷⁹, bien con otros documentos integrados en la

⁵⁷⁶ CARRASCO PERERA, Á., 2021a, *op. cit.*, p. 1168.

⁵⁷⁷ *Cfr.*, CORPAS PASTORL., 2017, *op. cit.*; *Vid.*, nota núm. 9.

⁵⁷⁸ *Ídem.*

⁵⁷⁹ *Vid.*, LAMO DE ESPINOSA VÁZQUEZ DE SOLA, E., “La responsabilidad penal y el consentimiento informado”, *DS*, Vol. 29 Extraordinario XXVIII Congreso 2019, p. 54. Sostiene el autor que, «En la práctica

Historia Clínica, cuando se trate de documentos que hubieran sido elaborados por un empleado público en el ejercicio de sus funciones –esto es, en el ámbito de la Sanidad Pública– alcanzan la cualidad necesaria para abarcar este tipo penal⁵⁸⁰.

También el intrusismo es un delito doloso cuya conducta típica está sancionada penalmente; y se da muy frecuentemente en el ámbito de la Sanidad Privada⁵⁸¹. Por otra parte, ya avanzábamos que el artículo 1089 CC hace nacer la obligación de ciertos hechos ilícitos, con la amplitud descrita en el artículo 110 CP. Así, el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que del delito “puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”. Acción civil que puede ejercitarse simultáneamente contra el sujeto responsable (profesional sanitario, aseguradora, centro hospitalario...), siendo el Ministerio Fiscal el encargado de entablarla juntamente con la penal, como prevé su artículo 108 LECrim; o bien reservarse por el perjudicado para ejercerse después de terminada la vía penal, según lo previsto en el artículo 111 LECrim, pero “mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme...”. Hay que aclarar que el derecho a indemnización es el mismo, tanto si se ejercita dentro del proceso penal; como si se reservan las

de los juzgados y tribunales correspondientes a la jurisdicción penal, se aprecia en el análisis de los repertorios de jurisprudencia que las diligencias previas que son incoadas, en la mayor parte de las ocasiones y con fundamento en la forma en que se ha recabado el consentimiento informado, lo son por delitos de imprudencia médica y de falsedad documental o ambos a la vez».

⁵⁸⁰ *Vid.*, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 296. Señala el autor que «(t)ransmutar, de forma consciente y voluntaria, la realidad del contenido de la historia clínica de un centro sanitario público, cuando la misma recaiga sobre elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para repercutir en los normales efectos de las relaciones jurídicas, constituye un delito de falsificación de documento público del art. 390 CP.».

⁵⁸¹ *Vid.*, GONZÁLEZ PERNÍA, J., e HIDALGO CARBALLAL, A., *Responsabilidad penal sanitaria, en PALOMAR OLMEDA, A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., (Dirs.), Tratado de derecho sanitario, Vol. II, Capítulo 44, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 135-137.* Sobre el delito de intrusismo profesional, del artículo 403 CP, aclaran, que se exigen «tres requisitos» para que la conducta sea considerada «típica»: la realización de actos propios de una profesión para la que se necesite título oficial, una «violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida», y, por último, el elemento subjetivo del tipo, es decir, lo que denominan «conciencia y voluntad» del sujeto que tiene «intencionalidad de usurpar la profesión». Otros delitos dolosos que mencionan son, entre otros, el de «desobediencia», del artículo 556 CP, o el de «obstrucción a la justicia», del 463.1 CP.

acciones para ejercitarlas posteriormente en un proceso civil. Además, ejerciendo la acción penal sin reserva de acción civil, puede el fiscal no hacer petición alguna en cuanto a una eventual indemnización que pudiera corresponderle al perjudicado no personado como acusación particular. Únicamente en estos casos, para no incurrir en incongruencia *extrapetitur*, queda vedado al órgano judicial penal un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil⁵⁸².

Otro aspecto muy importante de la responsabilidad civil derivada del delito en el ámbito sanitario público, es que “si penalmente fuera una conducta tipificada, la responsabilidad de la Administración pasará a ser subsidiaria”⁵⁸³; es decir, en sede de Responsabilidad Penal en el ámbito de la sanidad pública, a la hora de la ejercitar la acción indemnizatoria de la responsabilidad civil derivada del delito, primero se acudiría para que pague la correspondiente indemnización al facultativo y únicamente después, a la Administración.

Por tanto, el perjudicado por una acción ilícita penal dispone de varias vías procesales para exigir la reparación del daño derivado del mismo (la del proceso penal y la del proceso civil) para ejercitar su reclamación indemnizatoria derivada de un delito. Lo refuerza el Código civil, en su artículo 1092 CC⁵⁸⁴, cuando remite a las disposiciones del Código Penal, las cuales se encuentran contenidas básicamente en los dos primeros capítulos de su Título V (artículos 109 a 122 CP). En el proceso penal, el perjudicado podrá actuar como acusador particular, ejercitando la acción penal y la acción civil o como actor civil únicamente ejercitando sólo la acción civil en el proceso penal. Pero ello no quiere decir que exista un doble derecho al resarcimiento:

⁵⁸² *Vid.*, LLAMAS POMBO, E., 2010, *op. cit.*, pp. 41-42. Explica el autor que la responsabilidad civil *ex delicto* está mal llamada y peor entendida. Porque, como decimos, del delito no surge la responsabilidad civil, sino del daño. Es decir, de los daños causados por cualquier conducta con suficientes requisitos de imputabilidad y causalidad que exige el ordenamiento civil.

⁵⁸³ GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁸⁴ *Vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 94. Afirma el autor que es propio el Código civil “que se inventó una «nueva» fuente de obligaciones con el art. 1092”, el único que no está de acuerdo con el clamor doctrinal que aboga por la unificación normativa de la responsabilidad civil.

el pronunciamiento condenatorio al resarcimiento de unos daños como consecuencia de unos hechos delictivos, tendrá efecto de cosa juzgada.

Dice Yzquierdo Tolsada “(q)e no cabe la negociación en cuanto a la pena pero sí en la responsabilidad civil”⁵⁸⁵ que pueda derivarse del daño producido por el delito. Sin embargo, un aspecto sobre la responsabilidad penal, enfocado en la resolución del conflicto y beneficioso tanto para la víctima como para el infractor (incluso a efectos penológicos) es el procedimiento de mediación penal, que puede ser interesante de cara al resarcimiento de la responsabilidad civil derivada del daño producido con ocasión del delito.

B) Orden Contencioso-Administrativo

En segundo lugar, la jurisdicción Contencioso-Administrativa se encarga del conocimiento de reclamaciones patrimoniales de responsabilidad sanitaria por actuaciones llevadas a cabo en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

Pantaleón⁵⁸⁶ recuerda que diversas normas atribuían a la jurisdicción civil “el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad extracontractual contra las actuaciones y funcionarios públicos por los daños causados a los particulares en el ejercicio de sus cargos”, haciendo mención, entre otras, a “lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley de 5 de abril de 1904 y 10 de su Reglamento” y en el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero); pero con cita de diversa jurisprudencia que aclara la necesidad de que “las pretensiones indemnizatorias contra funcionarios públicos [...] por daños causados a los

⁵⁸⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 67. Previamente afirma que la responsabilidad criminal constituye una relación *generalmente* jurídico –pública que excede del ámbito de la libre disposición de los particulares (p. 34). Si bien esto es completamente cierto en la generalidad de los casos, olvida el autor el procedimiento de la mediación penal, que convierte la sede Judicial en algo muy parecido a un mercado persa, pues no solo el resarcimiento de los daños civiles como consecuencia de un delito se negocia (eso sí, fuera del Proceso penal), sino lo que es más sangrante: el mero acuerdo de mediación se trae al proceso penal y puede desplegar efectos beneficiosos en cuanto a la petición de pena “acordada” con el Ministerio Fiscal, siempre que éste esté por la labor y lo aplique como atenuante muy cualificada... *Vid., nota* núm. 13.

⁵⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 97-99.

particulares en el ejercicio de sus funciones están condicionadas a la resolución de una cuestión previa (declaración de la existencia de infracción legal), competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, en nota a pie de página, comparte una reflexión de GUAITA⁵⁸⁷, quien señalaba –con toda razón– lo inútil de ese procedimiento especial, habida cuenta de la posibilidad de solicitar la indemnización correspondiente en sede del propio procedimiento contencioso administrativo, sin necesidad de entablar el posterior proceso civil especial regulado en dicha ley de 1904⁵⁸⁸.

Actualmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dedica el Capítulo IV, de su Título Preliminar, a la responsabilidad patrimonial de la Administración, en su artículo 32.1 se establece que “(l)os particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

“El daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”⁵⁸⁹, a tenor del número 2 del mismo artículo, lo que refuerza la necesidad de su valoración.

La sección segunda de este capítulo (denominada “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”)

⁵⁸⁷ *Ibid.* (Cfr., Cita núm. 4 del Capítulo 1 del texto de FERNANDO PANTALEÓN: «GUAITA, A., “El proceso de responsabilidad civil de funcionarios públicos”, *ACD*, 1953, pp. 94 ss.», “acerca de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad extracontractual de las autoridades y funcionarios públicos por los daños causados a los particulares en el ejercicio de sus cargos”), p. 19.

⁵⁸⁸ Disposición normativa no derogada expresamente, aunque algunos autores así lo consideraron (Cfr., MARTÍN REBOLLO, I., “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”, *AFDUAM*, 4, 2000, p. 301); en atención, pensamos, a la derogación tácita contenida en la disposición derogatoria de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. (BOE núm. 285 de 25 de noviembre); a su vez derogada en la actualidad.

⁵⁸⁹ *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE núm. 236, de 2 de octubre).

zanja, en su artículo 36, la discusión acerca de la jurisdicción para exigir “la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, pues determina en su apartado 1, que “los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.”⁵⁹⁰. Si hubiera existido “dolo, o culpa o negligencia graves”, podrá la Administración correspondiente, una vez indemnizado a los lesionados, actuar en vía de regreso y exigir “de oficio en vía administrativa” la responsabilidad en que hubieran incurrido sus autoridades y demás personal a su servicio; ponderando para su cuantificación, “entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”⁵⁹¹.

Conviene recordar que la responsabilidad patrimonial del empleado público –actualmente de mayor ámbito subjetivo– tiene “su origen y los principios en los que se inspira” en “la responsabilidad extracontractual o aquiliana del Derecho Civil”. Así, “esta responsabilidad, de naturaleza civil, consiste en la obligación del empleado público de indemnizar los daños que haya causado en el patrimonio de la Administración en la que se integra”⁵⁹². Según este autor, los daños pueden tener dos fuentes: “una lesión directa en los bienes o derechos de la Administración donde desempeña el empleado sus funciones. Y, por otro lado, el daño también puede traer causa de la indemnización a la que la Administración ha tenido que hacer frente por la

⁵⁹⁰ *Ídem. Cfr.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, pp. 250-268, quien defendía tiempo atrás la *unificación de la jurisdicción* ante la responsabilidad de la Administración: “(e)n relación con el instituto resarcitorio, la competencia jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas constituye [...] una de las cuestiones que ha provocado una mayor inseguridad jurídica y una mayor polémica doctrinal y jurisprudencial en los últimos tiempos”, de cuya búsqueda afirma que se había convertido en un auténtico «peregrinaje de jurisdicciones», reclamando “unificar la jurisdicción competente”, pues había hasta entonces sentencias “sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en las cuatro Salas de nuestro Tribunal Supremo”.

⁵⁹¹ *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público* (BOE núm. 236, de 2 de octubre). Artículo 36.

⁵⁹² LEÓN ACOSTA, M., “La responsabilidad del empleado público en España”, *Rev. CES Derecho*, 10 (2), julio-diciembre, 2019, p. 629.

lesión en los bienes o derechos de un administrado, por culpa del empleado público”, en ambos casos, recuerda: “esta adaptación de la responsabilidad civil a las exigencias del Derecho Administrativo es la sustanciación de la responsabilidad del empleado público a través de un procedimiento administrativo” que resuelve “la propia Administración lesionada”⁵⁹³ (a tenor del art. 36.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, publicada en el BOE núm. 236, de 2 de octubre). Previendo en sus apartados 2 y 3 la «acción de regreso» de la Administración frente al empleado público productor del daño («autoridades y demás personal a su servicio» en el tenor literal de la Ley), a la que nos referiremos más adelante.

C) Orden Civil

Finalmente, se acudirá a la jurisdicción Civil, generalmente, cuando exista un «incumplimiento de las obligaciones» según lo preceptuado en el artículo 1089 CC. Concretamente, en lo relativo a la «responsabilidad civil extracontractual», por incumplimiento de la obligación general de no hacer daño a otro con quien no se tiene previo vínculo obligacional; o bien, existiendo éste, contraviniendo de cualquier forma el tenor de aquél, lo que determinaría el nacimiento de la «responsabilidad civil contractual», en los casos en los que no constituya delito. Sin embargo, la vía civil es más lenta que la penal; pero a diferencia de ésta, en la jurisdicción Civil –justicia rogada–, se permite desarrollar al máximo los medios probatorios, con una mayor posibilidad indemnizatoria. Mención aparte está la responsabilidad objetiva del creador del riesgo que propicia la aparición de un daño, en ambos casos, tanto con base en el Código civil, como en la normativa de Consumidores y Usuarios⁵⁹⁴, en aplicación del RDL 1/2007.

En la actualidad, es muy frecuente que la asistencia se preste mediando una aseguradora médica, a través de un «contrato de seguro médico». En estos

⁵⁹³ *Ídem.*

⁵⁹⁴ *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op., cit.*, pp. 85 y ss. En cuanto a la responsabilidad civil del médico y del titular del centro sanitario privado, en su conexión con la legislación de Consumidores.

casos, se puede observar una relación jurídica contractual (sin lugar a dudas) entre el asegurado y la compañía de seguros de salud, que estará amparada por las normas de la responsabilidad contractual –salvo aquellos casos en los que se preste la asistencia a través del Sistema Público de Salud; en lo que las normas que rigen son las de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en aplicación de la LOPJ, modificada por la LO 19/2003, que otorga la competencia a los Tribunales Contencioso-Administrativos–.

Cuando un paciente recibe un tratamiento odontológico mediando una compañía de seguros de salud, pueden darse varias configuraciones de tal relación:

En primer lugar (salvo la excepción que acabamos de explicar sobre la prestación de la asistencia a través del SNS, o que se trate de un tratamiento urgente –equiparable a un cuasicontrato) veremos, habrá que distinguir si el profesional que atiende al paciente es o no dependiente de la aseguradora. Ahora bien, si se trata de un un seguro de reembolso (aquellos en los que la aseguradora no proporciona al paciente ni directa, ni indirectamente, el servicio sanitario; siendo el paciente quien elige al dentista privado y recibiendo luego de manos de la aseguradora el importe satisfecho al profesional por la prestación dental); veremos, estaremos ante una responsabilidad contractual con doble acción: que se podrá ejercer frente al profesional y frente a la aseguradora.

3.1.3. El régimen de la responsabilidad civil

El régimen jurídico de la responsabilidad Civil se conforma, básicamente, por lo dispuesto en las normas contenidas en el Código Civil y en las leyes civiles especiales y varios son los regímenes que coexisten en esta sede. Roca Trías sitúa el origen de la Responsabilidad civil “por el daño que ocasiona en incumplimiento de los contratos, por una parte y el daño ocasionado por una acción negligente o culposa, por otra”⁵⁹⁵, en clara

⁵⁹⁵ ROCA TRÍAS, E., 2011, *op., cit.*, pp. 45 y ss.

referencia a la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, respectivamente. Pero también hay normas de responsabilidad civil en distintas disposiciones normativas administrativas y penales⁵⁹⁶, como hemos mencionado en el apartado anterior.

Habitualmente, y de forma general, la mayor distinción se establece cuando la responsabilidad tiene origen en el incumplimiento contractual, frente a la nacida del incumplimiento de la obligación general de no hacer daño a otro (responsabilidad contractual, y extracontractual, respectivamente⁵⁹⁷). La distinción entre si estamos en sede contractual o bien, extracontractual o aquiliana, resulta de especial trascendencia ya que ello va a determinar aspectos tan importantes como la prescripción, como acabamos de mencionar, el fuero o competencia territorial, por nombrar algunos; o bien –en puridad–, las normas de responsabilidad aplicables, al menos técnicamente, en la responsabilidad civil contractual, ex artículo 1101 del CC, se obliga a indemnizar daños y perjuicios cuando quienes producen el daño en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o

⁵⁹⁶ Cfr., ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L., Madrid, 2011, pp. 940-947. Sobre la responsabilidad objetiva, menciona la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la Ley de Navegación aérea, de 21 de julio de 1960, La Ley de 29 de abril de 1964, sobre los daños causados por la energía nuclear; la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, o la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre la Protección civil del Derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Vid., ROCA TRÍAS, ENCARNA y NAVARRO MICHEL, MÓNICA, 2011, *op., cit.*, pp. 28 y 309-332; donde se añade, además, la responsabilidad por productos defectuosos y la responsabilidad en la «legislación de consumo». Pero también encontramos disposiciones normativas de responsabilidad civil en el propio CP, y en otras leyes especiales como, por ejemplo, la LCS (que establece en su Art. 76 la responsabilidad directa de la aseguradora por los hechos de sus asegurados) o en la Ley de Ordenación de la Edificación, entre otras.

⁵⁹⁷ Vid., BELLO JANEIRO, D., 2009, *op., cit.*, pp. 26-29. Afirma el autor que en los contratos «de servicios» expresos o tácitos concertados con el médico, «los posibles daños derivados del tratamiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento imputable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato, al que resultan de aplicación, en cuanto a sus efectos, los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, si bien en la mayor parte de las ocasiones, ante la multiplicidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran derivados de relaciones extracontractuales aplicándose el artículo 1902, todo ello sin poner en cuestión, en ningún momento, su primigenio origen contractual, e incluso, al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que sin embargo, no resulta respetuoso con la nítida diferencia de nuestro legislador entre ambos, especialmente en los plazos de prescripción.». Todo ello, en nuestra opinión, da una fiel imagen de la dificultad que entraña la responsabilidad civil sanitaria, puesto que en la práctica cotidiana los tribunales trasvasan, con fundamento en la culpabilidad del médico infractor de la lex artis, los límites del contrato, aplicando en esta sede de forma incorrecta (cuando no, equivocada), normativas previstas no para el caso de responsabilidad contractual, sino extracontractual, cuyos basamentos son arteramente diferentes. Pero es de justicia ponerlo sobre la mesa, pues es exactamente lo que ocurre a veces en nuestros Tribunales.

morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. Exonerándose de responsabilidad en casos de fuerza mayor, o caso fortuito.

Los artículos 1101 CC y 1902 CC configuran, respectiva y clásicamente, el régimen jurídico de responsabilidad civil contractual y extracontractual descrito en el Código, cada uno con sus diferentes regímenes de prescripción de acciones⁵⁹⁸; pero otras regulaciones diferentes abordan en su seno otras «acciones de responsabilidad civil» (*vgr.*, la acción civil indemnizatoria derivada del daño producido a la víctima de un delito, la prácticamente olvidada acción de regreso frente al funcionario o autoridad culpable por responsabilidad patrimonial, o el propio régimen especial de consumo; o la acción directa del artículo 76 de la LCS).

La responsabilidad civil es “una institución principalmente resarcitoria: producido el daño ha de averiguarse si existe algún motivo para trasladarlo del patrimonio de la víctima al de su causante, y cuando así se aprecie se pretenderá –aunque no siempre podrá conseguirse– dejar las cosas en el estado en que estaban antes de que el daño se produjera”. Es decir, las pretendidas funciones punitivas ni preventivas no tienen cabida en este régimen, según afirma la doctrina mayoritaria. Atienza Navarro sostiene que la responsabilidad civil se destina únicamente a un fin: resolver en qué supuestos y en qué medida, el que causa daño a otro, debe indemnizar al segundo⁵⁹⁹.

A nuestro entender, la gran diferencia conceptual cuando uno se adentra en el estudio de las consecuencias reparadoras de la responsabilidad civil contractual, frente a la extracontractual, radica en que en “la responsabilidad

⁵⁹⁸ Frente al plazo exageradamente corto de un año para la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana en virtud del artículo 1964 CC, el artículo 1968.2 del Código Civil establecía en su redacción anterior, un plazo mucho más amplio de 15 años para la prescripción de la acción por responsabilidad contractual, y por su parte, la *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro* establecía un plazo de 5 años para las acciones derivadas del contrato de seguro “de personas”, conforme a su artículo 23. Actualmente, los plazos de responsabilidad contractual se han equiparado a los plazos de prescripción de acciones en materia de seguro de personas y de responsabilidad contractual, aunándose en cinco años, tras la reforma del CC, en su redacción actual, el artículo 23, dice: “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas”.

⁵⁹⁹ ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil (I)*, en De Verda y Beaumonde, J. R., (Coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, Capítulo 29, 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 595.

contractual se limita a los daños previstos o previsibles” como dice el 1107 CC (párrafo primero), como limitación al principio de reparación integral, o resarcimiento integral del daño contractual en caso de incumplimiento, en línea con “los principales sistemas jurídicos del mundo”, en referencia a los *Códigos latinos, los sistemas del Common law, la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, y los principios del Derecho europeo de contratos*⁶⁰⁰.

Para declarar la responsabilidad contractual, la única prueba necesaria sería el incumplimiento de la obligación (si bien, “los artículos 1101 y 1105 de nuestro Código civil, establecen con carácter general la necesidad de concurrencia de culpa para que proceda el remedio indemnizatorio”⁶⁰¹; o lo que es lo mismo, “la reparación indemnizatoria de un daño contractual, además de una imputabilidad objetiva de dicho daño a un incumplimiento, exige una imputabilidad subjetiva, es decir, un juicio de reprochabilidad de la conducta del contratante incumplidor.”⁶⁰²); mientras que la prueba de la existencia del daño, de su antijuridicidad y de la relación de causalidad son los presupuestos, en el caso de la extracontractual (que, por aplicación en artículo 1902 CC, obliga a resarcir todo el daño causado de forma imprudente o descuidada).

Por lo tanto, en la responsabilidad civil contractual, el daño no es el presupuesto de la misma, sino que lo es el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de unas obligaciones que surgen directamente del contrato, por mor del artículo 1089 del CC, o bien del incumplimiento de las otras obligaciones (integradas en el contrato, a tenor del artículo 1258 CC); por lo que bastaría probar la obligación preexistente para exigir responsabilidad contractual en caso de incumplimiento y emplear cualquiera de los remedios existentes ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso⁶⁰³ (*vgr.*, solicitar el

⁶⁰⁰ *Cfr.*, GÓMEZ POMAR, F., Previsión de daños, incumplimiento e indemnización, Civitas, Madrid, 2002, pp. 14-15.

⁶⁰¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*”, *RDC*, Vol. I, núm. 4, 2014, p. 164.

⁶⁰² *Ídem.*

⁶⁰³ *Vid.*, ampliamente, SÁNCHEZ GÓMEZ A., 1998, *op. cit.*, pp. 243 y ss.; en especial en lo relativo a los remedios ante el incumplimiento del médico (Capítulo 9), en el que se atiende también al cumplimiento

cumplimiento, pedir la resolución, incluso una disminución del precio, o pedir una indemnización por los daños y perjuicios irrogados al acreedor por el deudor, entre otros), en los casos en que éstos procedan. La cuestión es dilucidar cuál es el régimen aplicable al caso concreto. Lo que ocurre es que no son pocas las ocasiones en que una misma acción u omisión puede dar lugar a responsabilidad civil contractual y extracontractual. De ahí que, a veces, encontremos muy diferentes respuestas judiciales ante estas situaciones; por eso Yzquierdo Tolsada, acerca de la responsabilidad contractual y extracontractual, sostiene “que, siendo cosas distintas, tampoco es que vengán a conformar compartimentos estancos”⁶⁰⁴, existiendo una profusa jurisprudencia en la que preceptos de uno y otro régimen se intercambian, a criterio del juzgador, como veremos en la parte final de este capítulo.

En el ámbito de consumo, la referencia que hace el RDL 1/2007, en su artículo 132, a la responsabilidad solidaria entre «las personas responsables del mismo daño», aun cuando un tercero hubiera intervenido conjuntamente en su producción (art. 133 TRLDCU) –sin perjuicio del derecho de repetición, que asiste a quien efectivamente hubiera satisfecho la correspondiente indemnización frente a los otros responsables o dicho tercero–, abre la posibilidad de actuar indistintamente contra diversos agentes; pero el derecho a la indemnización del consumidor/usuario perjudicado permanece inalterable. (Otra cosa será la potestad de ejercitar el derecho de repetición contra el tercero, por parte de quien paga la indemnización).

Finalmente, las acciones basadas en responsabilidad por daños como consecuencia de servicios o productos defectuosos son compatibles con

defectuoso «el acreedor podría negarse a cumplir su prestación hasta que los defectos hayan sido corregidos», opción que entiende más práctica; o reajustar la contraprestación, adecuándola al valor real (con cita de *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II* de LUIS DíEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 671) y finalmente, la acción de resolución del 1124 CC., añadiendo «por razones prácticas» que esta última no es frecuente (la resolución del contrato), sino el resarcimiento por daños y perjuicios que la acompaña.

⁶⁰⁴ YZQUIERDO TOLSADA, M., Responsabilidad civil contractual y extracontractual en el sistema español, en PIROZZI, R., e YZQUIERDO TOLSADA, M., Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, en los sistemas español e italiano. Fund. Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, p. 68.

cualquiera otra que pueda ejercer el consumidor, como veremos un poco más adelante.

A) Responsabilidad civil Contractual.

Roca Trías señala que “uno de los significados” de responsabilidad se refiere “a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un contrato que ligaba a las partes”, pues, “en virtud del contrato, las partes asumen las obligaciones que han acordado [...]. A partir de este momento puede ocurrir: i) que cada una de las partes cumpla las obligaciones asumidas, o ii) que todas o solo una de ellas incumplan. Entonces se genera una responsabilidad, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados, en este caso, la parte incumplidora asume dos obligaciones: la de ejecutar la obligación a la que se sometió y la de indemnizar los daños y perjuicios a la otra parte, como consecuencia del incumplimiento, si es que los hubo”⁶⁰⁵.

Un aspecto interesante que matiza Roca es la configuración subjetiva de la obligación en la relación contractual, a la hora de delimitar la respuesta de los obligados que responden mancomunadamente (art. 1137 CC); pero advierte que la jurisprudencia se ha encargado de crear una “solidaridad impropia o más propiamente obligación *in solidum*, porque no deriva de la propia naturaleza de la obligación” para “evitar que la víctima del daño no sea resarcida como consecuencia de la imposibilidad de identificar al autor o en casos de insolvencia de alguno de los intervinientes en la causación del daño” en sede contractual⁶⁰⁶.

Mucho antes, Castán Tobeñas distinguía entre las distintas consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, “según las clases y causas del mismo”: en primer lugar, “aquellas causas de incumplimiento de la obligación que afectan a la esencia de ésta, haciendo imposible su realización, y aquellas otras

⁶⁰⁵ ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, pp. 45 y ss. Partiendo del art. 1089 CC, donde se reconoce al contrato como fuente de obligaciones, exponen que «uno de los significados» de responsabilidad se refiere «a las consecuencias derivadas del incumplimiento de un contrato que ligaba a las partes».

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 47.

que, sin afectar fundamentalmente al vínculo ni imposibilitar la prestación, suponen una defectuosidad o mal cumplimiento de lo convenido”. Identificándolas con el incumplimiento propio o absoluto, e impropio, o relativo, respectivamente. Dentro del primero, afirma, “puede depender de causas independientes de la voluntad del deudor (caso fortuito o fuerza mayor) o de causas voluntarias”, que distingue “según lleven consigo plena voluntad y conciencia (dolo) o mera negligencia (culpa).”⁶⁰⁷.

Sobre el criterio de imputación de la responsabilidad contractual, Roca Trías, afirma que “se produce una distinta consideración de la culpa y el dolo”, de tal forma que en la responsabilidad contractual (artículos 1101-1104 CC), se establece “un distinto alcance del incumplimiento de la obligación según haya procedido del dolo o la culpa del deudor incumplidor”: así, mientras que la responsabilidad por dolo es exigible en todas las obligaciones (artículo 1103 CC) y éste responderá de todos los daños que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento de la obligación; en cambio, en la responsabilidad contractual por negligencia (artículo 1102 CC), “los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”; a diferencia de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 CC), en la que no se establecen efectos distintos “según el daño se haya ocasionado por culpa o por negligencia.”⁶⁰⁸.

Castán Tobeñas explicaba que la «culpa contractual» “consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación”, la culpa contractual queda reducida al “incumplimiento por causa que el deudor pudo y debió prever”, cuya esencia (dice) “está en la falta de diligencia y previsión que supone en el autor del acto, en este sentido define la culpa el Código Civil como «la omisión de

⁶⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁰⁸ ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, pp. 47-48.

aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (artículo 1.104 CC)”⁶⁰⁹.

Vaquer Aloy reconoce la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultados, pero haciendo hincapié en que “el derecho contractual europeo no otorga tanta trascendencia a esta dicotomía”, centrado en la «falta de conformidad», noción algo más objetiva (o neutra), pero “ajena a la noción de culpa en sede de incumplimiento”⁶¹⁰.

Por otra parte, Albadalejo, al examinar los efectos del incumplimiento, si el deudor es responsable del no cumplimiento exacto, el Ordenamiento Jurídico perseguirá como regla general, si aún fuera posible obtener la prestación, condenando al deudor a que realice exactamente o perfeccione o complemente la prestación realizada inexactamente; y si éste se niega, “se proporcione lo debido al acreedor” con el alcance del art. 1096 CC (lucro cesante y daño emergente), y si no es posible ni obtener del deudor la prestación debida, ni su sustitución, ejecutándola a cargo del deudor, “se indemnicen al acreedor los daños y perjuicios que ello le ocasione; y que se le indemnicen también los que, a pesar de haber obtenido la prestación, se le hayan producido por haber sido el cumplimiento inexacto o moroso”; con cita de los artículos 1101 CC y 702 y ss LEC. Pero reconoce que, excepcionalmente, “si se trata de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC)”, se concede la facultad al acreedor de pedir bien cumplimiento, o bien indemnización por incumplimiento ⁶¹¹ (junto con la resolución del contrato).

En la responsabilidad contractual, el incumplidor responde personalmente por hecho propio o por hecho ajeno, incluso cuando el deudor haya utilizado el concurso de “terceros en el cumplimiento de la obligación y ha provocado con ello que no se haya obtenido el resultado contractual

⁶⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op., cit.*, p. 218.

⁶¹⁰ VAQUER ALOY, A., *La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo*, en De Barrón Amiches, P. (Dir.), *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Capítulo primero, Comares, Granada, 2012b, pp. p. 4.

⁶¹¹ *Cfr.*, ALBALADEJO, M.L., *Compendio de Derecho Civil*. 14ª Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2011, pp. 186-187.

previsto”⁶¹². Cosa muy interesante y que casa con la configuración contractual del negocio jurídico que analizamos, en su vertiente de los contratos conexos que se traen al contrato principal, precisamente, en interés del acreedor (para cumplir la prestación debida por el deudor del contrato de tratamiento odontológico, contrato principal). Dicho esto, puede interpretarse que los remedios frente al incumplimiento se identifican con el instituto de la indemnización, que, siendo cosas parecidas, ni son ni pueden tratarse como sinónimas –como ya hemos explicado–, pues entendemos que la responsabilidad civil contractual protege el derecho de crédito que nace por el incumplimiento de la obligación estipulada y no tiene por qué implicar la obligación de indemnizar (de hecho, en la acción de cumplimiento, por ejemplo, lo que se pretende es, precisamente, una condena al cumplimiento de lo pactado, bien *in natura*, o bien por su equivalente económico). Albadalejo da a entender que lo normal será que el acreedor inste el cumplimiento, si todavía fuera posible, o aplique los remedios habituales y clásicos frente al incumplimiento⁶¹³. Genéricamente, el incumplimiento «es toda conducta del deudor distinta de aquella prevista en el contenido de la obligación, y que, por ello, frustra el interés del acreedor»⁶¹⁴, quien tiene en su mano distintas opciones: “exigir el cumplimiento forzoso de la obligación” (evidentemente, cuando sea posible todavía, o pueda satisfacerse el interés del acreedor); “exigir una indemnización por daños y perjuicios”, que exige la existencia real de un daño ocasionado al acreedor, y una conducta dolosa o negligente del deudor”; o bien, exigir la resolución del contrato” (para la que aclaran, será imprescindible “un incumplimiento grave del deudor”⁶¹⁵.

Mucho antes, Castán Tobeñas decía que “(p)ara que haya lugar al resarcimiento de daños y perjuicios” en sede de incumplimiento contractual

⁶¹² ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁶¹³ *Ídem.*

⁶¹⁴ ORDUÑA, F. J., y CAMPUZANO, A.B. (Dirs.), 2015, *op. cit.*, pp. 172 y ss.

⁶¹⁵ *Ídem.*

del artículo 1101 CC, “se precisa la concurrencia de las condiciones siguientes:

- 1º.- Que exista un incumplimiento *culpable* de la obligación.
- 2º.- Que no se pueda obtener el cumplimiento de forma específica.
- 3º.- Que exista un *daño resarcible*.
- 4º.- Que se dé una *relación de causa a efecto* entre el incumplimiento de la obligación y los daños sobrevenidos” ⁶¹⁶.

Según Sánchez Gómez, en un campo tan delicado como el de los daños provocados por la actividad médica, hay que distinguir cuando el daño corporal se produce de forma irreversible (entonces, la acción de cumplimiento no tendría sentido, “salvo que se exija el cumplimiento mediante su sustitutivo pecuniario o *in quod interest*”). Tampoco lo tendría acudir a la vía de reparación del cumplimiento defectuoso: “poco sentido tendría que el paciente se negara a hacer frente a su contraprestación de pago de honorarios, hasta que los defectos sean corregidos”⁶¹⁷, aunque sí cabría la reducción del precio (que sería más útil que la acción de cumplimiento, e incluso que la de resolución contractual y que por basarse en una “relación de confianza”, cabría incluso el “desistimiento unilateral del paciente”). Sin embargo, señala esta autora que el desenlace judicial “más habitual” es “reconocer tan sólo la indemnización de los daños y perjuicios causados porque, además de ser la solución que prefiere la víctima, es el remedio más relevante en el sentido que satisface más al paciente.”⁶¹⁸, en cuanto a los “remedios cuando la actuación médica no ha causado daños irreversibles”, Sánchez Gómez apunta que, si todavía la prestación es posible, el problema es “determinar si la parte perjudicada puede ejercitar la pretensión de corrección”, cuestión no pacífica, considerada por un sector de la doctrina como una prestación infungible o personalísima la del médico, y no tendría mucho sentido que se recurriese al cumplimiento forzoso, pues “el paciente, difícilmente podría ver satisfecho su

⁶¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op., cit.*, p. 241.

⁶¹⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op., cit.*, p. 251.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 252.

interés” con la designación de otro profesional que realizara la intervención (precisamente, por el carácter personalísimo en nuestra opinión y la presumible ausencia de tal confianza). Por otra parte, apunta que hay otro sector doctrinal que resuelve la situación “aplicando el artículo 924.1º LEC” que transforma en resarcimiento de daños y perjuicios de manera «automática» la ejecución específica (si ésta no satisface al paciente). Pero matiza, con cita de la STS 2696/1991, de 16 de abril, que en el caso de que un paciente acuda a otro profesional, ante la “realización defectuosa de la prestación” («cumplimiento defectuoso que ha producido daños no irreversibles en el paciente»), nada hay que reprochar en la conducta del paciente que, “perdiendo la confianza depositada inicialmente en el facultativo, acude a otro” y ello no desvirtúa en absoluto la responsabilidad del médico incumplidor⁶¹⁹.

Con un criterio más moderno —y en nuestra opinión, más acertado—, Roca Trías, desde la óptica contraria, opina concisamente que “la parte incumplidora asume dos obligaciones: la de ejecutar la obligación a la que se sometió y la de indemnizar los daños y perjuicios a la otra parte, como consecuencia del incumplimiento, si es que los hubo”⁶²⁰ y sólo se exoneraría al deudor cuando concurriese caso fortuito o fuerza mayor⁶²¹. Porque, como señala Gómez Pomar con mejor criterio que Albadalejo, y en línea con lo propugnado por Roca Trías⁶²² acerca del alcance de la responsabilidad del deudor negligente del art. 1102 CC, “la responsabilidad contractual se limita a los daños previstos o previsibles” al momento de constituir la relación obligatoria⁶²³. Momento que coincide en el contrato de tratamiento odontológico, con la emisión del consentimiento informado.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 254.

⁶²⁰ ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁶²¹ *Cfr.*, PANTALEÓN PRIETO, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 1993, IV, p. 1730.

⁶²² ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

⁶²³ GÓMEZ POMAR, F., 2002, *op. cit.*, p. 15.

Conviene diferenciar exactamente el ámbito legal del artículo 1101 CC, pues demasiadas veces se encuentran argumentaciones legales tratando de aprovechar un plazo de prescripción para las acciones por responsabilidad contractual de cinco años, frente al exageradamente corto plazo de un año del artículo 1968 CC, en sede de responsabilidad civil extracontractual. Roca Trías propone que el criterio de distinción entre ambas (sin negar la dificultad de su solución), abarcaría dos aspectos: cuando el daño afecta a una persona que no ha intervenido en el contrato siempre estaremos ante un supuesto de responsabilidad «extracontractual»; y por el contrario, siempre que exista un daño derivado de una relación contractual que se haya producido como “consecuencia del cumplimiento defectuoso o incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales” derivados de una relación obligatoria, existiendo una relación contractual entre las partes, “deben aplicarselas reglas que impone el art. 1258 CC”⁶²⁴.

En este sentido, Arcos Vieira sostiene que, en España, no existe un “claro apoyo legal” en la aplicabilidad, obra de la jurisprudencia, de ciertos preceptos ubicados en sede contractual a la responsabilidad extracontractual y viceversa⁶²⁵. Sostiene la autora que en sede de responsabilidad civil existe cierta tendencia, no solo en España, sino internacional (citando los códigos civiles italianos, francés, e incluso el alemán), a la *unificación* entre ambos regímenes, llegando a la conclusión que las obligaciones contractuales coexisten con las obligaciones legales. “La ley aparece como la primera fuente entre las fuentes de las obligaciones que recoge el art. 1089 CC”; aunque recoge una idea de MARTÍN acerca de que el precepto «resulta impreciso en lo que contiene e incompleto por lo que omite».

⁶²⁴ ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, p. 53.

⁶²⁵ ARCOS VIEIRA, M.L., *Sobre el carácter «contractual» o «extracontractual» de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales*, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 379.

El hecho de que la doctrina coincide en afirmar que la relación de fuentes que expone el artículo 1258 CC es meramente enunciativa ayuda también a comprender el limitado alcance del precepto.

En su *Comentario al artículo 1258 CC*, Díez-Picazo afirma que, aunque el precepto no distingue, “la alusión que hace a la ley, lo es a la ley dispositiva, pues la ley imperativa se aplica sin más, por su condición de tal, con independencia de cualquier disposición privada”⁶²⁶, y en la misma línea, Lasarte indica que el artículo 1258 CC forma parte de los “medios de integración”, pero que su redacción debería haber tenido en cuenta que “el escalonamiento jerárquico de tales medios de integración, debe ser al contrario: en primer lugar, deberá integrarse la regulación contractual con lo dispuesto en la ley imperativa y, en su defecto, dispositiva; a continuación, deberán ser tenidos en cuenta los usos normativos; y finalmente la buena fe”⁶²⁷.

Mucho antes, Díez-Picazo señalaba –más acertadamente, en mi opinión– que “(l)a buena fe aludida en el art. 1.258 es un *estándar jurídico* [...] modelo de conducta social [...] es una fuente de creación de *especiales deberes de conducta exigibles* entre las partes contratantes”⁶²⁸. Por eso, Arcos Viera se empeña en comparar la responsabilidad que surge del incumplimiento legal con la que deviene del incumplimiento contractual, concluyendo que “la responsabilidad contractual, a diferencia de la aquiliana, queda estructuralmente ligada a la idea de obligación, provenga o no de un contrato”⁶²⁹ y existiendo un resultado dañoso para el acreedor a consecuencia de una deuda incumplida, resulta irrelevante que la fuente de la obligación sea contractual o no del vínculo obligacional que enmarca dicha deuda. “De ello resulta el matiz apuntado por algún sector doctrinal de que la responsabilidad

⁶²⁶ Cfr., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentario al artículo 1.258 CC*, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R., y SALVADOR CODERCH, P., (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 462.

⁶²⁷ LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, p. 131.

⁶²⁸ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 432.

⁶²⁹ ARCOS VIEIRA, M. L., 2021, *op. cit.*, p. 379.

en cuestión no es tanto contractual, como *obligacional*⁶³⁰. De todas formas, deja clara la existencia de responsabilidad contractual en aquellos incumplimientos de obligaciones legales que integra el propio contrato, sin dejar de lado su tesis acerca de la pragmática aplicabilidad del artículo 1101 CC y concordantes “a las obligaciones que son al mismo tiempo legales y contractuales o negociales”. La autora afirma, por otro lado, que en la responsabilidad contractual existe una previa “relación *contractual* –o *asimilable*– entre los interesados: situación caracterizada por la libertad inicial del acreedor en la decisión de constituir tal relación con quien finalmente va a causarle un perjuicio”, con la autonomía de ambos para dotar dicha relación del contenido que deseen, “incluyendo el relativo a las consecuencias del incumplimiento”⁶³¹.

En síntesis, la responsabilidad contractual surge del incumplimiento de las obligaciones contractuales y las que emanan del contrato⁶³² (las obligaciones legales que éste integra) y alcanza la indemnización del perjudicado únicamente si se le han ocasionado daños o perjuicios (o si el normal cumplimiento *in natura* de la obligación contraída deviene imposible; debiendo pagarse únicamente entonces el equivalente económico de la prestación incumplida). Y, añadiríamos nosotros que, es obligada la alusión al daño autónomo que origina un defecto de información o la ausencia de consentimiento informado⁶³³.

⁶³⁰ *Ibid.*, pp. 380-390.

⁶³¹ *Ibid.*, pp. 391-392, Afirma que la relación libremente asumida aparece en algunos textos del «*soft law*», e incluso en cierta jurisprudencia del TJUE, que se refiere no a la existencia de un contrato, sino a esta “*obligación libremente asumida*” por las partes.

⁶³² *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 352.

⁶³³ *N.B.*, en este sentido, ya hemos citado doctrina que lo avala. (Por todos, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2021, *op., cit.*, pp. 461-462). Previamente, ya se había puesto el foco en el estudio del incumplimiento de los deberes de informar al paciente y de obtener su consentimiento previo, vinculándose con la diligencia exigible o la *lex artis*. *Vid.*, ampliamente, ARCOS VIEIRA, M. L., 2007, *op., cit.*, pp. 19 y ss. La autora explica que no es fácil encontrar supuestos en los que la ausencia de información sea «total», por la «concienciación» de los profesionales y de los titulares de los centros sanitarios, sobre la importancia que los tribunales dan a este defecto y la responsabilidad que genera la falta de información; por lo que son más frecuentes los casos en los que se puede encontrar defectos parciales en la información. Sin embargo, afirma, “(l)as normas no ofrecen al respecto criterios que aporten suficiente certeza y tampoco los órganos judiciales mantienen opiniones siempre coincidentes.”.

Finalmente, por no extendernos, Gómez Pomar señala “distintos instrumentos que un sistema jurídico pone a disposición de un acreedor insatisfecho para reaccionar frente al incumplimiento de un contrato”: lo que denomina «*restitution damages*», es decir, la restitución; en segundo lugar, la indemnización del daño a la confianza o al interés contractual negativo (resolución del 1124 CC, o «*reliance damages*», sólo aplicable a la responsabilidad precontractual), en el que distingue en la restitución al acreedor de la prestación incumplida como indemnización que lo reponga en la misma situación que si no se hubiera celebrado el contrato, tanto los gastos e inversiones específicas en los que hubiera incurrido el acreedor insatisfecho, como como las inversiones por éste realizadas “confiando en el cumplimiento del contrato y al menos en teoría, el coste de oportunidad” de haber contratado con el deudor; es decir, el “beneficio de las oportunidades” que perdió el acreedor insatisfecho que contrató con el incumplidor; y en tercer lugar, lo que denomina la «*specific performance*»; es decir, exigir de los Tribunales de justicia la realización de la prestación tal y como fue prevista en el contrato”⁶³⁴.

Lo que Díez-Picazo recuerda acerca de que “(e)l Código dice que «si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa» (art. 1098 CC) y añade que «esto mismo se observará si el deudor hubiere llevado a cabo una prestación contraviniendo el tenor de la obligación», pudiendo además «decretarse que se deshaga lo mal hecho» (art. 1098 in fine)”⁶³⁵.

A continuación, explica que la consecuencia jurídica de esta norma; es decir, que la obligación “se haga «a costa del deudor», presupone que la actividad objeto de la prestación puede ser llevada a cabo por un tercero, que sustituye al deudor y que realiza la prestación en condiciones idénticas o por lo menos suficientes para satisfacer el interés del acreedor. El tercero sustituye

⁶³⁴ Cfr., GÓMEZ POMAR, F., 2002, *op., cit.*, p. 40 y ss.

⁶³⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*. 6ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, 2008, p. 678.

a la persona del deudor y se pone a cargo de éste («a su costa») la retribución del trabajo del sustituto»⁶³⁶.

Esto, evidentemente, visto desde una perspectiva general, aplicable será siempre que no se trate de una obligación personalísima la incumplida. En mi opinión, lo que ocurre, es que, veremos a continuación, la prestación debida –que es personalísima en el contrato de tratamiento odontológico–, cuando resulta incumplida, la única forma hallar la medida de la indemnización será lo que le cueste al acreedor la satisfacción de su interés, realizada ahora por un tercero –lo que constituye una nueva, diferente y cuantificable obligación–; junto con la indemnización de cualquier daño imputable al deudor principal y que hubiera sido previsto o previsible, en el momento del otorgamiento del consentimiento informado que origina el contrato principal.

B) Responsabilidad civil Extracontractual.

Fuera del ámbito contractual, la responsabilidad extracontractual o aquiliana⁶³⁷, surge del incumplimiento de la obligación general de no dañar a otro; es decir, la vulneración del principio general de indemnidad que, como afirma Torrent, es el segundo de los principios generales del derecho de Ulpiano en el Digesto, [«*Ulp. (2 Reg.) D. 1,1,10,1: Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»]⁶³⁸. Pantaleón afirma que debería concebirse “como una institución elemental del Derecho Civil, que contempla el daño como un problema individual entre el dañante y

⁶³⁶ *Ídem.*

⁶³⁷ *Vid.*, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., 2021, *op. cit.*, pp. 57-59. El autor afirma que el concepto actual de «Responsabilidad extracontractual» parece surgir «por una mala interpretación medieval o, cuando menos, postclásica,» de la *actio legis aquilia* derivada de la «Lex Aquilia para la represión del daño ilícito», en tanto en cuanto dichas acciones tenían su origen en el castigo por los daños producidos a consecuencia de un delito. La interpretación equivocada de esta acción, como explica Díaz-Bautista –originalmente de naturaleza penal, probablemente ya en la época clásica del Derecho romano–, «llevó a los juristas de la recepción al precioso hallazgo del principio general de responsabilidad por daños». Pero hubo que esperar, dice, al iusnaturalismo de Grocio y Puffendorf para encontrar una «estructura dogmática autónoma» de esta institución.

⁶³⁸ *Cfr.*, TORRENT, A., “El concepto de *Iustitia* en los juristas romanos”, *RIDOM*, 2018 (abril), p. 100. Disponible en <http://www.ridrom.uclm.es/>

el dañado y que obliga al primero a indemnizarlo al segundo cuando existe una razón de justicia conmutativa [...] que así lo exige”⁶³⁹.

Las notas características de la responsabilidad extracontractual son la producción de un daño cierto, imputable causalmente a una acción u omisión de una persona, sin que quepa una causa de exclusión, que obliga al responsable a indemnizar el daño.

Esta es la «función resarcitoria»⁶⁴⁰ del derecho de daños (como se denomina por la doctrina más moderna, liderada en España por Díez-Picazo, que además de ser más general, “se inspira en el término anglosajón de *Tort of law*, que pone el foco en el origen del problema: el daño o deterioro producido en el bien jurídico protegido, la persona o su integridad física, o su patrimonio.”⁶⁴¹.

Albadalejo con un criterio tajante, afirma que, salvo excepciones a la regla que establece el artículo 1902 CC acerca de que “se responde sólo por culpa”, también “se responde sólo de los propios actos”, en sede extracontractual. Es decir, que, en nuestro Ordenamiento, generalmente “sólo se responde del daño causado a otro cuando procede de acto *culpable* y *nuestro*”; pudiendo existir la compensación o “conurrencia” de culpas, que se “deja a la apreciación de los Tribunales”, al igual que el juicio “sobre la importancia de cada culpa en el caso concreto [...], como el juicio sobre la fijación de qué cuantía de daño debe adscribirse a cada culpa, si se considera que las dos son causantes”⁶⁴². Afirmación que pueda quizás traslucir el delicado equilibrio que propugna el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

⁶³⁹ PANTALEÓN, F., 2000, *op. cit.*, p. 179.

⁶⁴⁰ MONTES RODRÍGUEZ, M.P., ¿Derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual?: Concepto y cuestiones terminológicas. Su delimitación respecto de la responsabilidad contractual y derivada del delito, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 98, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 418.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 421. La autora cita a pie de página la obra de LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999. Pero también la de SALVADOR CODERECH, P., (Dir.), *Derecho de Daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, 7ª Ed. 2018; como doctrina más moderna.

⁶⁴² ALBADALEJO, M., 2011, *op. cit.*, pp. 924-939, enumera, también, los requisitos que se exigen para la responsabilidad por estos *actos propios culpables*. A saber, «se precisa un acto (positivo o negativo;

Lo que está claro en mi opinión, es que, en sede de responsabilidad extracontractual, no existiendo previa relación obligatoria entre particulares, producido un daño y existiendo negligencia en la conducta del productor del daño, surge la obligación de indemnizar, a no ser que el dañado haya contribuido absolutamente a la producción del daño o el mismo haya sido fruto del azar. Sobre la culpa aquiliana, Carrasco Perera afirma que se trata de la infracción de un deber de cuidado “y como tal, antijuridicidad en sentido formal”⁶⁴³.

Además, sobre la culpa, afirma que “ni se prueba ni se deja de probar. La culpa no es un hecho aportado al proceso, sino una calificación que en todo caso corresponde realizar al juez”⁶⁴⁴. Insistiendo en lo ya comentado por nosotros, acerca de que no todo daño va a ser indemnizable, sino solo aquél daño que es antijurídico porque es culpable. Aunque la premisa imprescindible, insistimos, es la existencia de un «daño» para que nazca la responsabilidad extracontractual: porque del daño necesariamente antijurídico, por su conexión con la culpa del agente dañoso, surge la obligación de indemnizar y es presupuesto de la responsabilidad extracontractual.

Es decir, en nuestro Ordenamiento, la responsabilidad extracontractual tiene origen en el «daño» que se describe en el precepto que se ha convertido en nuestro hilo conductor, artículo 1089 CC; que se codifica en el artículo 1902 CC.

acción u omisión) [...] de la persona a la que se exige responsabilidad; «que sea *dañoso*» (no solo que produzca un daño *de* cualquier tipo, sino que tal daño sea consecuencia del acto; es decir, que exista un nexo causal entre uno y otro, excluyendo la concurrencia de caso fortuito o culpa del propio dañado); y finalmente, que sea objetivamente antijurídico, ilícito o culpable (ésta última, entendida como culpa o dolo y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, como argumenta el artículo 1140.1º CC, cualquiera que sea su graduación en intensidad).

⁶⁴³ CARRASCO PERERA, Á., 2021a, *op. cit.*, p. 1169. Insiste el autor en la culpa que regula el artículo 1104 CC es precisamente culpa excontractual o antijuridicidad del daño: «por más que esté regulando supuestos de culpa en el incumplimiento del contrato y no de culpa en el daño no contractual».

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 1187. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Cuad Civitas de Jurispr Civil, Responsabilidad extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2010, 1120 pp.

No hay que perder de vista lo que, sostiene Martin Casals, acerca de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil extracontractual proponen, que “(l)a persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo” (Art. 1:101(1) PETL) y, en su apartado segundo, añade que “En particular, el daño puede imputarse a la persona: (a) cuya conducta culposa lo ha causado (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”⁶⁴⁵. “El punto de partida de la norma fundamental es la vieja idea de *casum sentit dominus*: cada cual tiene que pechar con el daño que sufra, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona”. Sigue diciendo el autor, “(a)parecen también en este precepto los presupuestos de la responsabilidad civil que se desarrollan en todo su articulado: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno”. Por su parte, el artículo 2:101 PETL señala que “(e)l daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”. Sostiene este autor que los Principios “adoptan una noción objetiva de culpa, que coincide con la generalmente admitida por la legislación y la doctrina de la mayoría de los países europeos. Esta noción toma como patrón la conducta que debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. El estándar que debe observarse o “conducta exigible” es, pues, el de “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” (Cf. art. 4:102 (1) PETL). No obstante, ese estándar puede variar y adaptarse, mas no a las características individuales de la persona responsable sino a la categoría de personas que ella representa. Así, por ejemplo, el estándar puede ser distinto entre un médico generalista y un cirujano especializado en la rama médica relevante en el caso concreto”⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, 2005, online, www.indret.com.

⁶⁴⁶ *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., e YZQUIERDO TOLSADA, M., (Coords.), *Estudios de*

Lo que ocurre es que la responsabilidad civil sanitaria puede accionarse desde múltiples perspectivas, siendo pacífica la existencia de una doble vertiente: por un lado, la responsabilidad contractual, y por otro, extracontractual, a tenor de la jurisprudencia que hemos consultado; admitiendo la yuxtaposición de acciones en sede civil, como veremos en el siguiente apartado.

Coincidimos con Martín-Casals, en afirmar los PETLs tienen su «impacto» tanto en la legislación nacional, como en la jurisprudencia y la doctrina en muchos países europeos, en los que parecería actuar como un «sistema flexible» subyacente que establece “los elementos básicos del sistema de responsabilidad, desarrollando sobre la norma básica, las condiciones generales de responsabilidad (es decir, daños y causalidad) y las bases de la Responsabilidad (responsabilidad por culpa, responsabilidad estricta y responsabilidad para otros)”⁶⁴⁷.

Finalmente, un breve apunte sobre la acción directa del art. 76 LCS; acerca de su régimen jurídico “no previsto expresamente”. Es interesante comentar que la acción directa tiene un fundamento extracontractual: “en todos los casos, la acción directa será entablada por efecto de la ley contra el deudor del deudor”⁶⁴⁸. La acción directa necesita que exista “una relación entre tres sujetos que justifique la intervención legal asignando una nueva relación obligatoria. La existencia de un doble vínculo obligatorio, que una respectivamente a acreedor directo con deudor intermedio y a este último con el tercer deudor, se convierte en presupuesto primario de la acción”⁶⁴⁹. Así, el paciente reclama al seguro de responsabilidad del profesional, directamente,

responsabilidad civil en homenaje al Prof. Roberto López Cabana, Dykinson, Madrid, 2001, p. 232. Notemos que esta previsión entronca directamente con la hipótesis que impulsa la elaboración de este trabajo y que, además, no es nada nuevo: «[...]desde el momento en que una persona experimenta o cree experimentar un perjuicio en sus intereses personales o patrimoniales se busca de inmediato un sujeto al que reclamarle una indemnización».

⁶⁴⁷ MARTÍN CASALS, M. “The ‘Principles of European Tort Law’(PETL) at the beginning of a second decade”, *Rev. Derecho Civil Contemp.*, 2017, Vol. 10, p. 251.

⁶⁴⁸ *Cfr.*, HERNÁNDEZ ARRANZ, M., 2005, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 153.

por un daño del que debe responder éste último, pero no existe vínculo contractual alguno entre la aseguradora y la víctima, por lo que estamos en un ámbito extracontractual civil, con cinco años de plazo de prescripción.

C) Responsabilidad civil por hecho ajeno.

En ocasiones, es exigible responsabilidad personal objetiva por hechos ajenos, es decir, de los auxiliares de cuyos actos debe responder el principal. El empresario, como diría Alonso Olea, “está bajo la obligación de liberar a los trabajadores a su servicio de las responsabilidades derivadas de los daños causados a los terceros y (de) los actos ejecutados en cumplimiento de sus órdenes generales o particulares; y está, con independencia de lo anterior, [...] bajo la obligación de indemnizar a los terceros pura y simplemente como responsable subsidiario, o como responsable solidario, con derecho de repetición, de los mismos daños que a los terceros haya causado la actuación del trabajador.”⁶⁵⁰.

La responsabilidad por hecho ajeno se trataría, según Albadalejo, de “la segunda excepción a la regla de que sólo se responde de los daños ocasionados por actos culpables y propios” (en alusión a la primera excepción sobre la responsabilidad objetiva, de la que nos ocuparemos seguidamente), que es una “responsabilidad directa, que quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó”⁶⁵¹ (dejando a salvo el derecho de repetición de quien paga la indemnización frente al culpable).

Se trata de una responsabilidad civil de carácter aparentemente objetivo, pero que ya la jurisprudencia se encarga de subjetivizar en torno a la culpa, en este caso, nos interesa fundamentalmente lo previsto en los párrafos cuarto y

⁶⁵⁰ ALONSO OLEA, M., *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, p. 14. La cita original contiene una errata, y es que la conjunción “y” aparece como “hoy”, en la edición de 1990, cuando conecta la frase «...está bajo la obligación de liberar a los trabajadores a su servicio de las responsabilidades derivadas de los daños causados a los terceros (ho)y los actos...».

⁶⁵¹ ALBADALEJO, M., 2011, *op., cit.*, pp. 947-948.

último del artículo 1903 CC, acerca de la obligación de reparar el daño de los dueños o directores, por actos de sus dependientes, empleados, o los producidos con ocasión de sus funciones y la exención de responsabilidad tras la prueba de su diligencia; que como dice Marín Castán, se configura “a partir de la culpa *«in operando»* del causante material del daño” (que incurre en conductas “encuadrables en el art. 1902”) sobre la persona “de la que aquél dependía por culpa *«in eligendo»* o *«in vigilando»*.”⁶⁵². Criterio “insatisfactorio para justificar su responsabilidad, la cual sucede cuando el empleado goza de una especial cualificación técnica”⁶⁵³, en esta línea, Martín Casals, sugiere que en España la responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares sigue un régimen de responsabilidad vicaria que, por lo tanto, prescinde de la culpa del empresario o principal⁶⁵⁴. Los daños causados por los auxiliares en el ejercicio de sus funciones los asume el principal. Lo diferencia del caso del “contratista independiente”⁶⁵⁵.

Sobre este aspecto, aclara Díez-Picazo que el artículo 6:102 (1) de los PETLs propone que una persona responderá por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible. Su apartado (2) dice, concretamente, que «el contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo». Viendo en conjunto este artículo junto con la denominada «norma fundamental» de los PETLs (es decir, el artículo 1:101), la responsabilidad debería corresponder al principal cuando el daño lo haya causado el auxiliar

⁶⁵² MARÍN CASTÁN, F., Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código civil, La Ley, Madrid, 2012, p. 3.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 52.

⁶⁵⁴ MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *InDret*, 2/2005. (www.indret.com).

⁶⁵⁵ *N.B.* Tal y como expusimos en el estado de la cuestión, la clave de la distinción entre el contratista independiente frente al principal se halla en la supervisión y control que uno ejerce sobre otro, como ocurre en el auxiliar y no, en cambio, en el contratista independiente, por ejemplo, los “especialistas” colaboradores “externos” del u otros Profesionales sanitarios como el Protésico dental, que son contratistas independientes; mientras que el Higienista dental o Auxiliar son dependientes del principal.

en el ejercicio de sus funciones y éste haya violado el estándar de conducta exigible (en clara culpa *in vigilando* o *in eligendo*)⁶⁵⁶.

D) Responsabilidad objetiva y la defensa de los consumidores.

Hay que aclarar en primer lugar, como distingue Vaquer Aloy, “que la responsabilidad objetiva no puede confundirse con la objetividad en el cumplimiento de la prestación debida”⁶⁵⁷. Se trata de un punto de partida muy importante: sí que se puede prescindir de la idea de culpa médica, cuando nos referimos al resultado en su acepción de producto instrumental de la mera actividad del dentista, conformado por hacer lo correcto, es decir, cumplir con las obligaciones conformes al contrato (y todo lo que este integra). Desde este punto de vista, cabe, en mi opinión, una responsabilidad basada en el derecho de consumo y en la responsabilidad contractual con base en parámetros objetivos de lo que hace o deja de hacer el dentista.

Según sostiene Sanz Encinar, el sistema de responsabilidad objetiva “se caracteriza por prescindir del requisito de la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva. [...] generalmente se impone este sistema en la regulación de actividades perfectamente legales que reportan un beneficio a la sociedad, estableciéndose como indemnizable cualquier daño que provenga de un acto perfectamente normal. [...] el único requisito que se exige es la existencia de la relación de causalidad entre el acto y el daño, y la satisfacción de las condiciones de imputación objetiva”⁶⁵⁸, apareciendo una obligación de reparar, como una manera de *reforzar* el cumplimiento de determinadas normas.

El artículo 1903 CC supone una presunción de responsabilidad *iuris tantum* (salvo prueba en contrario), cuando dice *in fine*: «(l)a responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas

⁶⁵⁶ MARTÍN CASALS, M., 2005, *op., cit.*

⁶⁵⁷ VAQUER ALOY, A., 2012b, *op., cit.*, p. 24.

⁶⁵⁸ *Cfr.*, SANZ ENCINAR, A., 2000, *op., cit.*, p. 31

prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Critica Díez-Picazo la excesiva objetivización jurisprudencial de un precepto que se basa en la culpa subjetiva y explica su evolución, de tal forma que, hasta finales del siglo XIX, al causante del daño se le castigaba “porque no ha actuado previniendo la aparición del daño”, pero, durante el siglo XX, en los códigos europeos (cita expresamente los artículos 1382 del Código civil francés, o el artículo 2050 del Código civil italiano, de 1942), y algunas sentencias alemanas, y jurisprudencia inglesa y americana, se va introduciendo en la tradicional responsabilidad por culpa la idea de la «esfera o el control de quien genera el riesgo de que se produzca un daño», con el acento puesto en la imputación subjetiva de responsabilidad, o culpa/riesgo, “en la de presunción de culpa y de la atribución de la carga de la prueba de la diligencia al demandado”; es decir “responsabilidad con inversión de la prueba de la culpa”, y “la genuina responsabilidad por riesgo”. Esta tendencia objetivadora de la responsabilidad hace que «la única solución lógica» sea estimar únicamente como objetiva aquella responsabilidad que haya dispuesto el legislador en cada momento, alabando la razonabilidad del artículo 483 del Código civil portugués que dispone que «sólo existe obligación independientemente de la culpa en los casos determinados en la Ley»⁶⁵⁹.

La defensa de los consumidores y usuarios siempre ha estado presente en el discurso sobre la responsabilidad, en este caso objetiva. Desde las observaciones atribuidas a PANTALEÓN, por Díaz-Regañón, acerca del antiguo artículo 28.1 de la Ley 26/84 (LCU): “Yo creo que hay interpretar exactamente [...] que la responsabilidad no sea por riesgo, sino por culpa, bien que objetivada. Los defectos de organización sin culpas individualizables también, pero no más. [...] y entender que habrá responsabilidad por los servicios médicos cuando quepa apreciar un mal funcionamiento del servicio sanitario. [...] se absuelve al médico [...], advirtiendo que aunque no se aprecia culpa

⁶⁵⁹ Cfr., DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Culpa y Riesgo en la Responsabilidad Civil Extracontractual”, *AFDUAM*, 4, 2000, pp. 153-166. Mientras la responsabilidad civil que los códigos habían recogido de la *Lex Aquilia*, «ue una responsabilidad fundada exclusivamente en la culpa» hasta el final del siglo XIX, durante el siglo XX, se ha ido objetivando hacia la responsabilidad de quien crea el riesgo, con la inversión de la carga probatoria hacia el demandado.

del personal se considera que hubo un mal funcionamiento general del servicio. Creo que eso es lo correcto u el límite del 28.2 de la Ley 26/84”. Su significado, según Díaz-Regañón, “requiere que se produzca un resultado anormal conforme a los que es usual”⁶⁶⁰.

En este ámbito, complementado por el régimen de la responsabilidad civil contractual –ya que las acciones son compatibles–, consideramos que el incumplimiento contractual del contrato de tratamiento odontológico, y la obligación de indemnizar, nos debe remitir a las previsiones del TRLDCU, pese a la cerrazón de nuestros tribunales.

Desde la perspectiva de este trabajo, la obligación de indemnizar el daño producido como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de tratamiento odontológico tiene origen en los remedios ante el incumplimiento contractual y muy especialmente con lo previsto en el artículo 148 TRLDCU. Como afirma Evangelio LLorca, en tanto en cuanto, estemos en el ámbito de su aplicación, “afirmadas la relación de causalidad y la imputación objetiva del daño, el prestador del servicio sanitario responderá con independencia de si ha sido negligente o no”⁶⁶¹, en cuanto a la responsabilidad en el régimen de consumidores y usuarios, por daños con ocasión de la actividad médica, la jurisprudencia destierra su aplicación, por la preferencia que tiene la contemplación del fallo de *la lex artis* como imputación subjetiva del productor del daño. La ley de consumidores no afecta a los actos médicos propiamente dichos (STS de 29 de octubre de 2010). Sin embargo la prueba del nexo causal es necesaria en ambos regímenes (STS 13 de julio de 2010)⁶⁶².

⁶⁶⁰ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*. Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 118-119.

⁶⁶¹ EVANGELIO LLORCA, R., A vueltas con la responsabilidad por daños derivados de servicios sanitarios al amparo del artículo 148 TRLGDCU, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 57, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 513.

⁶⁶² *Vid.*, LÓPEZ VALVERDE, M., (Dir.). *La responsabilidad civil médica y el Tribunal Supremo. Diez años de evolución de la jurisprudencia. Responsabilidad Civil y Seguro*, Sepín, Madrid 2017, pp. 73-74.

Hemos afirmado en la introducción que el sector dental tradicional está siendo permeable a las estrategias comerciales de las cadenas mercantilistas; y los dentistas tradicionales no solamente se ven abocados ahora a establecer acciones de marketing y a ofertar servicios similares a aquellas, sino que los usuarios de servicios dentales comienzan a actuar cada vez más como consumidores, por lo que sus hábitos de consumo también van homogeneizándose.

Por su parte, los pacientes perciben el mercado dental en la sanidad privada de forma homogénea, influenciados por el modo de actuar de las clínicas marquistas (ahora el paciente es un consumidor ávido de información instantánea, comparador de precios y productos, conocedor de sus derechos y reivindicativo de su posición como usuario; modulado por estrategias de marketing y financiación, a veces muy agresivas). Aunque la inmensa mayoría de las relaciones dentista-paciente siguen el modelo tradicional, en los que los usuarios acuden para recibir un tratamiento a su dentista, ni los pacientes son los mismos que antes, ni las clínicas dentales se comportan en el mercado de la misma forma. Se ha producido un cambio radical en la interacción del paciente con el dentista, probablemente como consecuencia de una revolución social que ha transformado globalmente el mercado dental en nuestro país.

La homogeneidad del mercado dental que percibe el paciente ha calado también entre los dentistas, como en tantas otras profesiones: el ejercicio privado de la profesión de dentista ha tenido que adaptarse a este cambio; ahora parece imprescindible tener una página web y presencia en redes sociales, lo que se ha convertido en una necesidad estratégica, ofrecer financiación mediante instrumentos como créditos vinculados, o disponer de medios de pago electrónicos es ya una necesidad imperiosa.

La consecuencia ha sido que el ejercicio privado de la odontología se ha “modulado” por efecto del mercado. Por ello, creemos, de forma acuciente se necesita una modernización del derecho de obligaciones y contratos, en concreto la aplicación, en el derecho privado, de la responsabilidad derivada de la protección del TRLGDCU en sede de derecho sanitario, desde el punto de vista del incumplimiento contractual, a través de la evaluación del

incumplimiento como la no realización de lo correcto (o más concretamente, de los resultados instrumentales para realizar la prestación dental; es decir, de lo objetivamente esperable de la actuación del profesional). La falta de los concretos resultados esperables de la actividad del dentista, aquellos elementos inexcusables de los que debe armar su actividad (es decir, de todo lo que sea evidencia instrumental imprescindible para cumplir su obligación de desplegar con diligencia su actividad) será la medida de su falta de diligencia, y configurará, por tanto, el incumplimiento del contrato.

El Derecho civil de los contratos en general se basa en el principio de la autonomía de la voluntad y en la igualdad de los contratantes, sin más límites que los legalmente establecidos en el artículo 1255 CC, de sobra conocido, es lo que Luna Serrano denomina “primer contrato”⁶⁶³. Sin embargo, por motivos de justicia, el Estado puede introducir regulaciones preventivas de abusos por parte del contratante más poderoso, en lo que este autor denomina “segundo contrato”⁶⁶⁴ exponiendo que la protección que la Constitución española de 1978 brinda al consumidor (que poco puede influir en el contenido del contrato) a través del artículo 51 CE, junto con preceptos y directrices comunitarias, impulsó la promulgación de la ley 24/1988, de 19 de julio, general de la defensa de consumidores y usuarios. Ley de carácter general a la que se fueron añadiendo otras normas relativas a sectores específicos, que, reunidos “en un texto refundido aprobado inicialmente por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de agosto, luego reformado por la ley 3/2014 de 3 de enero, debida a la adaptación del texto refundido al cada vez más abundante derecho comunitario”. El segundo contrato intenta corregir el defecto de justicia en la contratación por encontrarse en una posición de desequilibrio (económico, evidentemente, pero también, estimamos nosotros, en cuanto a información sanitaria, como hemos venido defendiendo).

⁶⁶³ LUNA SERRANO, A., *Del contrato justo por ser libre al contrato justo por ser equilibrado*. en PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, L., (Dir.), *Derecho Privado, responsabilidad y consumo*, Capítulo 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 32.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 34.

Es lo que Lacruz Berdejo dice que ocurre cuando un empresario o un profesional contrata con un consumidor: “existe un desequilibrio que justifica la intervención del legislador.”⁶⁶⁵ Y Díez-Picazo califica de “un nuevo Derecho de la Contratación, caracterizado por la consideración de una de las partes contratantes como destinatario final del bien o servicio, que determina una protección más enérgica de los intereses de tal parte contratante”⁶⁶⁶.

El TRLGDCU tiene por objeto “establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado”, siendo “de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios” (artículo 59) que se regirán por el “derecho común aplicable a los contratos”, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales. Se definen los “contratos con consumidores y usuarios” como los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.

El concepto jurídico de empresario “viene caracterizado por tres notas esenciales”: organización, profesionalidad, e imputabilidad, como titular de la empresa, atrae las consecuencias de la actividad; distinguiendo entre el empresario individual (persona física) y empresario social (persona jurídica), destacando entre éstos últimos las sociedades mercantiles, principalmente⁶⁶⁷, en el TRLDCU, se define como consumidores a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su posible actividad comercial o a su oficio o profesión y garantiza en su art. 60 la información precontractual en términos claros, comprensibles, veraces y suficientes, en un formato accesible para su adecuada comprensión que permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

El dentista –además de la obligación deontológica, ética y profesional con el paciente–, tiene la obligación de prestar diligentemente los servicios

⁶⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op., cit.*, p. 274.

⁶⁶⁶ Díez-PICAZO, L., 2007, *op., cit.*, p. 164.

⁶⁶⁷ ORDUÑA, F. J., y CAMPUZANO, A.B. (Dir.), 2015, *op., cit.*, pp. 363 y 364.

que haya comprometido, siempre de acuerdo a la *lex artis*; junto con una serie de obligaciones legales adicionales, tendentes al cumplimiento de lo pactado, y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley, ex artículo 1258 CC. Entre estas obligaciones que integran el contrato, se encuentra la publicidad –nueva fuente de integración de en los contratos de consumo–⁶⁶⁸. Por tanto, la información contenida en el consentimiento informado se puede considerar como una auténtica información precontractual y como tal, integra también el contrato y será vinculante⁶⁶⁹.

Al poco de publicarse la LAP, ya se advertía de la posible aplicación de la Ley de Defensa de los consumidores y usuarios, por cuanto afirma en su artículo 1 que su objeto es la regulación de los derechos y deberes de los pacientes y usuarios⁶⁷⁰, cuya inclusión como sostenía Luna Yerga “debe ser valorada muy positivamente, dado que permite acudir en algunos aspectos a la normativa protectora” de los consumidores y usuarios, en la indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de la utilización de productos o servicios.

Hasta ahora, y precisamente por el tipo contractual tan sui generis por su objeto, los tribunales han limitado hasta el extremo la aplicación de la legislación de consumidores y usuarios en temas sanitarios que llega a ser contra legem y son reacios a acudir a ésta, siendo la posición que mantiene la jurisprudencia actualmente restringir su aplicación únicamente para los daños ocasionados a consecuencia de la organización de la asistencia. La explicación de por qué nuestros tribunales hasta ahora huyen en sede de responsabilidad médica de una responsabilidad objetiva como la que propugna el artículo 128 del TRLDCU se encuentra en que la obligación principal del dentista es de medios, o de mera actividad y su responsabilidad estaría basada en la culpa o

⁶⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁶⁹ *Cfr.*, LASARTE, C., 2019, *op. cit.*, pp. 125-128.

⁶⁷⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. 2ª ed. Lex Nova, Madrid 2007, pp. 194 y ss.

en la negligencia, respondiendo por daños, en la medida que su conducta no haya sido diligente. A tenor de las interpretaciones jurisprudenciales, esta responsabilidad se aplica únicamente a los aspectos funcionales organizativos o de prestación de dichos servicios⁶⁷¹, pero que no se admite en general, para fundamentar en ella una responsabilidad derivada de la actuación del dentista, o de otro personal sanitario⁶⁷². Paradójicamente, sí la tienen disponible los consumidores frente a ciertos contratos conexos, como los créditos vinculados como se describe en el artículo 26 LCCC, para extinguir la obligación del pago de un crédito al consumo vinculado a un contrato de tratamiento odontológico, por una previa ineficacia de dicho contrato de consumo vinculado. Es decir, la LCCC contempla la unidad entre ambos contratos, el de crédito vinculado y al contrato de consumo al cual se vincula, por lo que, fallido el segundo, el consumidor puede ejercitar los derechos que le correspondan contra el prestamista. Por lo tanto, la ineficacia del contrato de tratamiento odontológico determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el art. 23 de la Ley de contratos de crédito al consumo. Entonces, en virtud del artículo 29.1, el consumidor podrá dirigirse contra el prestamista cuando el proveedor haya incumplido alguna de las obligaciones que surjan del contrato, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1255 y 1258 del Código Civil. Para ello, antes debe reclamar, y siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción a la que tuviera derecho, podrá resolver el contrato con el prestamista y ser absuelto del pago del préstamo.

En mi opinión, resulta incoherente que para desembarazarse del pago de un crédito al consumo vinculado a un contrato de tratamiento o servicios dentales, haya que buscar legalmente una previa ineficacia de dicho contrato de consumo al que se vincula aquél, por mor del artículo 26 de la misma ley,

⁶⁷¹ *Vid.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 395-408.

⁶⁷² *Cfr.*, SSTS núm. 89/2017, de 15 febrero (ya referenciada); núm. 463/2013, de 28 de junio (Roj: STS 3519/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3519 Id Cendoj: 28079110012013100385).

y que a tal contrato de tratamiento odontológico le estuviera vedada su catalogación como tal «contrato de consumo»⁶⁷³.

Tena Piazuelo, en su comentario de la STS de 23 de febrero de 2021, afirma, acerca del incumplimiento contractual “la naturaleza jurídica de la relación contractual entre la clínica demanda y el cliente (dejando ahora otras posibilidades, que podrían quedar fuera del procedimiento civil, cuando se tratase de un servicio proporcionado por la administración pública sanitaria, o tuviera connotaciones penales), se corresponde con lo que cabría denominar «contrato de suministro de servicios dentales»”. Contrato que cada vez más se va adentrando en la legislación de consumo, que es exactamente donde lo queremos situar de forma intencionada.

El artículo 128 del RDL 1/2007, sobre la indemnización de daños, recalca que “todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos” en el Libro tercero, “por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios” y sin que las acciones indemnizatorias que emprendan al respecto, “afecten a otros derechos” que asistan a éste, “por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”. Lo que refuerza (y no excluye) cuantas otras acciones indemnizatorias ejerzan los consumidores perjudicados por bienes o servicios defectuosos.

Por otra parte, los artículos 93 y 114.2, excepciona su aplicación únicamente a las disposiciones del Título III, por lo que, desde nuestra perspectiva, el contrato de tratamiento odontológico constituye un contrato con consumidores (de bienes) y usuarios (de servicios) odontológicos y que el legislador ha decidido sea de aplicación a los servicios sanitarios, los cuales

⁶⁷³ *Cfr.*, SSAP Vigo, de 23 de abril de 2021 (Roj: SAP PO 892/2021), Melilla, de 15 de marzo de 2021 (Roj: SAP ML 46/2021), Madrid, de 26 de enero de 2021 (Roj: SAP M 502/2021), Valencia, de 18 de enero de 2021 (ROJ: SAP V 110/2021), de 11 de enero (Roj: SAP V 830/2020) y de 23 de diciembre (Roj: SAP V 4626/2020); por citar las más recientes.

menciona expresamente en el artículo 148, por el que se establece el Régimen especial de responsabilidad objetiva.

Galán Cortés, matiza que la evolución jurisprudencial de la Sala 1ª del alto tribunal ha tenido varias etapas acerca de la aplicación de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios: en la primera (de 1984 a 1994), la legislación de consumo era la gran olvidada en responsabilidad sanitaria. “Los demandantes no invocaban, presumiblemente, este cuerpo normativo, y los Tribunales lo ignoraban”⁶⁷⁴, en una segunda etapa (1994 a 1997) aparecen algunas referencias a dicha ley, “si bien el TS no la considera aún aplicable al ámbito sanitario”, en una tercera etapa (1997 a 2007), con abundante cita de jurisprudencia⁶⁷⁵, se declara la responsabilidad del centro sanitario por daños como consecuencia de los servicios pactados.

El inicio de la última etapa, que sitúa a partir de la STS 1377/2007, de 5 de enero (RJ 2007, 552), declara “con absoluta nitidez, acierto y reiteración”⁶⁷⁶ que la aplicación de la legislación de consumo no debe aplicarse a los actos médicos propiamente dichos, sino a los aspectos funcionales u organizativos del servicio sanitario.

Desde entonces, la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva, siendo el reproche de tipo culpabilístico⁶⁷⁷, por lo que la anterior afirmación hay que ponerla en cuarentena...

Sin embargo, hay autores, como Añón Calvente, que sostienen que, pese a la proscripción que el Tribunal Supremo realiza y a la resistencia de la Sala

⁶⁷⁴ CALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 463.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, pp. 466 y ss.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 470.

⁶⁷⁷ *Cfr.*, STS núm. 171/2020, de 11 de marzo (Id Cendoj: 28079110012020100150), según la cual “la jurisprudencia descarta las soluciones objetivistas para supuestos no previstos expresamente en la ley, que erijan el riesgo como fundamento de la responsabilidad y que generalicen la inversión de la carga de la prueba”, con cita de las SSTS núms. 210/2010, de 5 abril, 299/2018, de 24 de mayo y 678/2019, de 17 de diciembre.

frente a la aplicación de criterios de responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario, en cuanto consumidores, los clientes tratan de acercar la legislación de consumo, pero que dicha responsabilidad la aplica el alto tribunal solo “en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”⁶⁷⁸, no frente al daño imputable objetivamente a la actividad del médico, el cual tiene como imputación la culpa (ex art. 1902 CC).

Navarro Michel comenta que el artículo 137 TRLGDCU incluye la presunción de culpa para el prestador de servicios, que “sólo podrán exonerarse si prueban «que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio», con lo que parece que el haber cumplido con las prescripciones reglamentarias es causa de exoneración del régimen general de responsabilidad” en la legislación de consumo⁶⁷⁹. Al lado de este régimen general, en sede de defensa del consumidor, se alza un régimen especial establecido en el artículo 148 del mismo cuerpo normativo, ya comentado, de responsabilidad objetiva, aplicable, entre otros, a los servicios sanitarios. Cuando el dentista actúa en la relación tradicional (y más frecuente, en la actualidad), como profesional independiente, autónomo, es en sí una empresa.

Hay que señalar, al respecto, que en su artículo 147, no solo establece un régimen de protección a los consumidores y usuarios frente a los daños que sean consecuencia de las actividades de “los prestadores de servicios”, sino que sienta presunción de culpabilidad estos últimos, que solo podrán exonerarse si pueden probar “que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”⁶⁸⁰. El artículo 148 del Texto Refundido de la Ley

⁶⁷⁸ AÑÓN CALVENTE J., “Criterio de imputación en la responsabilidad médica”, *Noticias Jurídicas*. 27 de mayo de 2015, último párr., *online*, www.noticiasjuridicas.com

Cita para ello las SSTs de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de abril de 2007; 4 de marzo 2013.

⁶⁷⁹ NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, p. 321.

⁶⁸⁰ *Idem*.

de Consumidores y Usuarios sólo se refiere a los servicios sanitarios, expresión ésta que puede aplicarse a los profesionales sanitarios individualmente considerados si prestan tales servicios como empresarios, siempre que no trabajen como asalariados, por lo que los dentistas que atienden personalmente a los pacientes por cuenta propia como autónomos, entran dentro de la definición de «empresario» del art. 4 TRLDCEU y en nuestra opinión, el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el art. 148 TRLC les debería ser aplicado.

Señala Santos Morón que cabe apreciar en la práctica la existencia de un servicio médico defectuoso “un resultado anómalo que no se corresponde con el riesgo previsible” (daño desproporcionado); infecciones hospitalarias y utilización de un producto defectuoso⁶⁸¹, aunque raramente los Tribunales aprecian únicamente esta responsabilidad objetiva, pues suelen aplicar otras normas concurrentes –como los arts. 1902 o 1903 CC que están basadas en la culpa–, como mencionamos anteriormente.

En Odontología, una vez probado el daño y su relación causal con la actividad sanitaria, el dentista podría oponer alguna causa de exoneración de la responsabilidad –por ejemplo, la culpa del demandante–. Incluso podría moderarse la responsabilidad si pudiera compensarse de alguna manera el comportamiento objetivamente culpable del dentista, con el comportamiento del demandante, entendiendo éste como una verdadera “concausa”, que deberá de valorarse en cada caso concreto.

Esta es opinión no solo nuestra, sino que es compartida por otros autores⁶⁸², porque si el legislador así lo ha decidido, la jurisprudencia no debería matizar esta norma hasta el punto de vaciarla de contenido, y no aplicarla cuando es invocada, situándola únicamente en aspectos organizativos

⁶⁸¹ SANTOSMORÓN, M. J., “La imputación de la responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *ADC*, 2017, p. 151.

⁶⁸² *Cfr.*, entre otros, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op.*, *cit.*, pp. 395 y ss.; GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op.*, *cit.*, pp. 459-509.

o de funcionamiento del servicio⁶⁸³; pues, cuando la persona natural del dentista es en sí misma considerada “el servicio”, y es además, quien está obligado a atender y dirigir personalmente, por exigencia legal, el centro sanitario denominado clínica dental. Según apunta Lizárraga Bonelli, los artículos 147 y 148 TRLDCU “podrían ser aplicables en la actualidad, únicamente a servicios privados, siempre y cuando, además, el prestador del servicio revista la condición de «empresario» [...] y el criterio objetivo de imputación de la responsabilidad establecido en el art. 148 TRLC para los daños derivados de servicios médicos mejora la situación de la víctima respecto de la aplicación de las reglas generales, lo que es evidente pues toda objetivización de responsabilidad [...] hace disminuir el esfuerzo probatorio de la acreditación de la diligencia”⁶⁸⁴.

En el ámbito de consumo, la referencia que hace el RDL 1/2007, en su artículo 132, a la responsabilidad solidaria entre «las personas responsables del mismo daño», aun cuando un tercero hubiera intervenido conjuntamente en su producción (art. 133 TRLDCU) –sin perjuicio del derecho de repetición, que asiste a quien efectivamente hubiera satisfecho la correspondiente indemnización frente a los otros responsables o dicho tercero–, abre la posibilidad de actuar indistintamente contra diversos agentes; pero el derecho a la indemnización del consumidor/usuario perjudicado permanece inalterable. (Otra cosa será la potestad de ejercitar el derecho de repetición contra el tercero, por parte de quien paga la indemnización). Por otra parte, las acciones basadas en responsabilidad por daños como consecuencia de servicios o productos defectuosos son compatibles con cualquiera otra que pueda ejercer el consumidor.

Desde la perspectiva de este trabajo, la obligación de indemnizar el daño producido como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso

⁶⁸³ Cfr., MONTERROSO CASADO, E., 2018, *op., cit.*, p. 97. Cita las SSTs de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de abril de 2007, 20 de julio de 2009, 29 de mayo de 2012 o 4 de marzo de 2013) y algunas más que indican que “la responsabilidad de consumidores y usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos”, porque se funda en infracciones de la *lex artis ad hoc*. (Cfr., SSTs de 29 de junio y 3 de julio de 2013).

⁶⁸⁴ LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op., cit.*, p. 306.

de un contrato de tratamiento odontológico tiene origen en los remedios ante el incumplimiento contractual y muy especialmente con lo previsto en el artículo 148 TRLDCU: “afirmadas la relación de causalidad y la imputación objetiva del daño, el prestador del servicio sanitario responderá con independencia de si ha sido negligente o no”⁶⁸⁵. El razonamiento es el siguiente: el dentista persona natural, frecuentemente actúa como empresario autónomo, por lo que le es de aplicación el ámbito normativo del TRLGDCU en el contrato de servicios dentales que hemos perfilado. El paciente cada vez más actúa como consumidor y desde luego, en todo caso, debe ser protegido por el Ordenamiento⁶⁸⁶, en tanto en cuanto el artículo 3 de ese cuerpo legal les confiere el estatus de usuario, “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los facilitan o suministran”⁶⁸⁷ y el artículo 4, reconoce como empresario a toda persona física o jurídica que actúa como tal en su ámbito profesional o empresarial.

En la gran mayoría de los casos, el dentista es persona natural como trabajador autónomo, por lo que no existe razón alguna para no aplicar el régimen de responsabilidad especial establecido legalmente para los servicios sanitarios, incluso desde la perspectiva de la evolución jurisprudencial anteriormente descrita: el dentista es quien legalmente dirige y atiende el centro sanitario “clínica dental” y por tanto, cualquier fallo de la *lex artis* se puede imputar a un defecto de funcionamiento del centro sanitario/dentista prestador de servicios o asistencia dental, incluido cualquier infracción de la *lex artis* (como el defecto o ausencia del consentimiento informado).

⁶⁸⁵ EVANGELIO LLORCA, R., A vueltas con la responsabilidad por daños derivados de servicios sanitarios al amparo del artículo 148 TRLGDCU, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II, Capítulo 57, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 513.

⁶⁸⁶ *N.B.* Nos remitimos a lo ya expuesto sobre la permeabilidad de los dentistas tradicionales a prácticas de consumo, en cuanto a marketing, financiación, oferta de servicios, publicidad, etc., y al cambio en el modelo de paciente, ávido de información, comparador, reclamador, exigente de sus derechos como consumidor.

⁶⁸⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 471. Añade más adelante (p. 472) que, “todo paciente es usuario de un servicio sanitario, aunque no todo usuario sea paciente”, con crítica de la distinción de la redacción del artículo 3 de la LAP.

Autores consolidados como Díaz-Regañón, Asúa González, Santos Morón, entre otros, sostienen también esta postura⁶⁸⁸. Galán Cortés hace una matización: se aplica el artículo 148 en casos de infecciones nosocomiales, supuestos de daño desproporcionado, o responsabilidad por productos defectuosos y, su régimen de responsabilidad es compatible con otras acciones que pueda entablar el perjudicado con base en la responsabilidad civil contractual o extracontractual, como afirmábamos antes. Hoy por hoy este régimen especial lo aplica la jurisprudencia únicamente a daños sanitarios, producidos como consecuencia de fallos organizativos o a los aspectos funcionales del servicio sanitario. Pero, si miramos con atención, en el futuro no sería de extrañar que fuese de aplicación la legislación de consumo, en caso de daños producidos por la actividad del dentista: la ley está para cumplirla, por mucho que se empeñe doctrina mayoritaria y toda la jurisprudencia en defender lo contrario. Sobre todo, teniendo en cuenta la desprotección que el usuario tiene en la esfera odontoestomatológica, dada la asimetría radical que existen en la información del usuario respecto del servicio que recibe. A la vista está, con los escándalos variados que recientemente nos han ido regalando los cierres masivos de clínicas marxistas.

Finalmente, ni los pacientes invocan, ni los tribunales amparan las reclamaciones por responsabilidad objetiva que como empresarios tienen los dentistas frente a los usuarios y consumidores, porque, aunque jurisprudencialmente, en el ámbito médico-sanitario queda descartada la responsabilidad objetiva (como hemos señalado más arriba); pensamos que esta legislación de consumo será de aplicación por nuestros tribunales en un futuro.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 472. Cfr., DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “1708. Sentencia de 8 de mayo de 2003: Responsabilidad civil médica: aplicación de la doctrina del «daño desproporcionado». Nexo causal. Aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria”, *Cuad. Civitas de Jurisprudencia Civil*, 63, 2003, pp. 1191-1209; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Responsabilidad Civil Médica*, en FERNANDO CAMPOS REGLERO, L. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2006; pp. 697-815; SANTOSMORÓN, M. J., “La imputación de la responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *ADC*, 2017, LXX (I), pp. 151-153.

3.2. Responsabilidad profesional sanitaria y del dentista en particular

En este apartado pretendemos aportar unas notas de la configuración de la responsabilidad profesional del dentista, en general. Puede pensarse que superflua, pero en mi opinión, y por oposición a las diferentes parcelas que no constituyen responsabilidad civil, tiene cierta trascendencia. Esto es debido a que “la conducta humana no solo es objeto exclusivo del derecho, sino que existen otros complejos o sistemas de normas, en los cuales la conducta es regulada desde puntos de vista distintos e incluso con criterios diferentes a los de las normas jurídicas. Estos órdenes normativos son la moralidad, los usos sociales y la política”⁶⁸⁹, por lo que el acercamiento, siquiera tangencial, a la responsabilidad derivada de estos órdenes está más que justificada. Recordemos que conociendo qué deber se incumple, podremos delimitar en qué sede de responsabilidad estamos.

Dicho esto, podemos afirmar que, en líneas generales, la responsabilidad profesional en el ámbito sanitario debe entenderse como “la obligación que tienen los profesionales sanitarios de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”⁶⁹⁰ que, “por su propia naturaleza, la actuación médica, y en particular la quirúrgica, puede lesionar la integridad física del paciente, aunque dicha lesión se produzca con fines curativos”⁶⁹¹.

Los requisitos básicos para que surja la responsabilidad en el acto médico, según LLedó Yagüe, podrían esquematizarse de la siguiente forma:

- a) La actuación desafortunada del profesional (lesión).
- b) Un evento dañoso.

⁶⁸⁹ GÁZQUEZ SERRANO, L., “Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria. Coordinador Domingo Bello Janerio, Ed. Reus, Madrid, 2012 (reseña)”, *Rev Int de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, núm. 2, online, <https://ojs.ua.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1779/2330>

⁶⁹⁰ GISBERT GRIFO, M. S., FIORI, A., *Responsabilidad médica*, en VILLANUEVA, E., (Ed.). *Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología*. 6ª ed., Masson, Barcelona, 2004, pp. 109-24.

⁶⁹¹ GARCÍA GARNICA, M. C., *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 11.

c) Una conducta antijurídica imputable al profesional persona física y/ o jurídica.

d) Una relación “causa/efecto” entre la actuación del médico y el resultado dañoso.

Habría que añadir que la actuación puede ser *omisión* en su actuación. Por ejemplo, la omisión terapéutica (se infringe la *lex artis*, por ejemplo, por negarse a facilitar a la paciente la historia clínica)”⁶⁹².

Todos ellos son elementos comunes en responsabilidad sanitaria, por tanto, dado que la responsabilidad profesional del dentista no difiere en absoluto de la de cualquier profesional sanitario, estos requisitos son igualmente exigibles en el campo de estudio de este trabajo.

Cobacho afirma que “sigue siendo válido lo que J. Roca Juan mantuvo hace muchos años señalando que el origen de la responsabilidad del médico está posiblemente en la *omisión de la diligencia inexcusable* [...] la dificultad estriba, precisamente, en fijar cual es la diligencia de un profesional medio, con referencia a la cual deba conformarse la conducta del médico [...] si, objetivamente los medios disponibles para obtener el diagnóstico, la prescripción del tratamiento y la manera de conducirse en una intervención quirúrgica corresponden al modo normal de comportarse profesionalmente. Y en esa valoración objetiva tener muy en cuenta las circunstancias y condicionamientos en que la intervención del médico tuvo lugar”⁶⁹³. Es de remarcar que la referencia a los artículos 1902 y 1903 CC la hace propia el autor como fundamento primigenio del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, citando entre otros, a GALÁN CORTÉS⁶⁹⁴.

⁶⁹² LLEDÓ YAGÜE, F., y MORILLAS CUEVA, L. (Dir.); MONJE BALMASEDA, Ó., (Coord.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 24.

⁶⁹³ COBACHO GÓMEZ, J. A., Notas sobre la evolución del Derecho español en responsabilidad patrimonial sanitaria, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 35, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1545-1546.

⁶⁹⁴ *Ídem*. Cita COBACHO GÓMEZ, concretamente, la edición de 2018 del libro de J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, editado por Civitas Thomson Reuters.

Por su parte, Monterroso sostiene que “la sociedad *reivindicativa de unas actuaciones intachables* promueve las reclamaciones de todo aquel profesional que ocasiona un daño en el desempeño de su profesión, máxime en un sector que afecta a la salud de las personas y difícilmente el daño causado resulta reparable”⁶⁹⁵. Habla de un «derecho de daños sanitarios» como tal, que necesita un marco normativo específico, en su opinión, dotado de una “regulación específica de la responsabilidad en el ámbito médico” y “un baremo sanitario para la valoración de los daños causados”⁶⁹⁶. Se apoya en esta propuesta en la escasa e imprecisa legislación en materia de responsabilidad profesional médica y las consecuentes “interpretaciones y reinterpretaciones judiciales” (refiriéndose al cambio de criterio del Tribunal Supremo sobre los supuestos de medicina satisfactiva, tratados primeramente como obligación de resultado y posterior criterio de considerarlos como obligación de medios, salvo que se haya asegurado tal resultado; con la consecuente inversión de la carga de la prueba; o a las piruetas de una supuesta unidad de culpa civil⁶⁹⁷, en la que se ha admitido la yuxtaposición de responsabilidad contractual y extracontractual, superada actualmente).

Básicamente estamos de acuerdo en la delimitación contractual y la naturaleza jurídica de la obligación de medios que tienen los profesionales sanitarios. También, con la necesidad de una mayor o mejor regulación del criterio de la “disponibilidad y facilidad probatoria”⁶⁹⁸ en la inversión de la

⁶⁹⁵ MONTERROSO CASADO, E., *Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación*, en MONTERROSO CASADO, E., (Coord.). *Responsabilidad Profesional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-38.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 105.

⁶⁹⁷ *Cfr.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.* p. 29. Sobre este extremo, aduce que «esta teoría unificadora es muy defendible» como construcción teórica y abstracta, pero, desde luego, la «ley por ahora les atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa,» cosa que alegremente barajan nuestros tribunales, siendo en mi opinión una actuación injustificada la de trasvasar las consecuencias jurídicas de ambos regímenes, en una suerte de arbitrio motivado...

⁶⁹⁸ *Vid.*, ARCOS VIEIRA, M. L., *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un "principio"*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 151. La autora apunta que estos criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, a la vista del carácter imperativo del artículo 217.7 LEC, “*deberán tomarse en consideración en la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba sea cual sea el hecho a probar*”; es decir, tanto en sede de “valoración, como de la causa material, etc.”. Independientemente de si estamos ante responsabilidad objetiva o subjetiva.

carga de la prueba. (Afirma Monterroso que “como regla general, el paciente debe probar la existencia del daño, el nexo causal entre la conducta del médico y el resultado dañoso, así como la culpa”⁶⁹⁹, como dispone el artículo 217 LEC). Igualmente, coincidimos con la autora en la necesaria delimitación de la responsabilidad contractual de la extracontractual (no conceptualmente, sino a nivel operacional: la teoría de unidad de culpa civil lleva inexorablemente a una inseguridad jurídica, dado que “los requisitos y presupuestos de una y otra acción son distintos”⁷⁰⁰). Pese a que la jurisprudencia ha creado esta teoría de la unidad de culpa civil, debido a la necesidad de que el dañado sea en todo caso indemnizado (repuesto en el lugar que ocupaba antes de haber padecido el daño); sin embargo, no es pacífica la doctrina al respecto⁷⁰¹. Díez-Picazo opina que “la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de la responsabilidad contractual y de la extracontractual es considerar que siempre entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia de un cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios”⁷⁰². Yzquierdo Tolsada, zanja esta cuestión, diciendo que “(p)or mucho que las dos esferas de la responsabilidad (civil) cuenten con conceptos comunes, hoy por hoy estamos ante dos acciones que son aprehendidas por el legislador como de distinta naturaleza y fundamento. Y de ahí su –por el momento– distinto plazo de prescripción.”⁷⁰³.

⁶⁹⁹ MONTERROSO CASADO, E., 2018, *op. cit.*, p. 103. *Vid.*, LUNA YERGA, A., y SALVADOR CODERECHE, P., (Pról.), 2004, *op. cit.*, pp. 127-128. En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, afirman, no se invierte la carga de la prueba [...] y corresponde al actor la prueba de la culpa o negligencia médica). “La prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad civil, ya sea ésta contractual (art. 1101 CC) o extracontractual (1902 CC) mientras que, correlativamente, corresponde al demandado la prueba de los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la responsabilidad.”, únicamente excepcionada en casos de pérdida de oportunidad o casos de daño desproporcionado.

⁷⁰⁰ BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁰¹ *Vid.*, Díez-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, p. 263-264, en la misma línea, *Cfr.* YZQUIERDO TOLSADA, M., 2001, *op. cit.*, pp. 44 y ss. *Cfr.*, MONTERROSO CASADO, E., *op. cit.*, 2018, pp. 104-105.

⁷⁰² Díez-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, p. 268.

⁷⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 144. Con él coincidimos en la extravagancia que supone el distinto régimen de prescripción de acciones y la conveniencia de la unificación del mismo: al

Finalmente, nos interesan claramente, a los efectos de este trabajo, las referencias que Monterroso realiza a la supeditación de la regulación de consumo (LGDCU) a la “conurrencia ineludible de culpa o negligencia de la establecida en los artículos 1101 y 1902 CC”⁷⁰⁴ y la necesidad de establecer un criterio objetivo en cuanto a la responsabilidad del centro sanitario por hechos del médico que trabaja en dicho centro, que destierre las diversas interpretaciones judiciales del nivel de diligencia exigible por el riesgo creado, caso por caso...

Estas disquisiciones concuerdan, básicamente, con nuestra investigación. Pero, avanzamos, la regulación de un derecho de daños sanitarios (o del derecho de los daños como consecuencia de la actividad sanitaria) ni es sencillo, ni es posible en la práctica; mientras tanto, debemos saber aplicar las normas de las que disponemos, sin permitir disfunciones jurídicas que mezclen presupuestos de un determinado régimen de responsabilidad civil con los de otro diferente.

En mi opinión, más que dividir y crear una disciplina especial de derecho de daños sanitarios, incluso por especialidades médicas, habría que repensar las herramientas jurídicas indemnizatorias y remedios frente al incumplimiento de los que disponemos para utilizarlos de manera correcta. Sin embargo, es conveniente distinguir ciertos conceptos, como decimos, para una mejor comprensión de la valoración del daño ocasionado a consecuencia de la práctica dental; objetivo necesario hacia el que nos encaminamos.

En el ejercicio de la Odontología, como en el resto de las disciplinas médicas, existe un creciente interés por aspectos relativos a la responsabilidad profesional⁷⁰⁵; en la que hay quien distingue dos grandes áreas: la

dañado le da igual que el daño se haya producido por causa del cumplimiento defectuoso de un contrato, o en ausencia del mismo. Lo que quiere es ser indemnizado a cómo estaba antes de sufrir el daño Menos mal que podemos recurrir casi siempre a la acción directa del art. 76 LCS...

⁷⁰⁴ MONTERROSO CASADO, E., *op., cit.*, 2018, pp. 104-105.

⁷⁰⁵ *Vid.*, CAMAS JIMENA, M. (Coord.), 2013, *op., cit.*, 318 pp., para complementar el estudio de la responsabilidad penal y patrimonial, así como otros aspectos de la responsabilidad profesional.

responsabilidad *moral* y la responsabilidad *legal* del dentista⁷⁰⁶. La primera “se refiere a problemas éticos y morales” con repercusión en la conciencia del odontólogo. La responsabilidad «*legal*» tiene que ver con la “obligación de responder de los actos u omisiones profesionales y de sus consecuencias ante la ley”.

La responsabilidad profesional se puede parcelar “artificialmente”, según el orden jurisdiccional correspondiente y afirma que la responsabilidad profesional en Odontología requiere, generalmente, también⁷⁰⁷ de los requisitos siguientes:

1º.- “la existencia de un contrato” que vincule jurídicamente al dentista con el consumidor de la asistencia de bienes y servicios dentales (aunque, excepcionalmente, la relación puede ser extracontractual),

2º.- “la existencia de un daño”,

3º.- “la existencia de una falta profesional” (entendiendo como tal las cometidas por acción u omisión, apartándose de la *lex artis*),

4º.- “la relación de causalidad entre la falta y el daño”⁷⁰⁸.

Por tanto, la responsabilidad profesional del dentista, en general, comprende la «responsabilidad legal» (o jurídica), por un lado; en sus vertientes civil, penal, patrimonial y administrativa (disciplinaria y tributaria), y, por otro lado, la «responsabilidad deontológica», como una positivación de la «responsabilidad moral». Hay que aclarar que, aunque la palabra «responsabilidad» se utiliza en todos estos ámbitos, insistimos, su naturaleza es diferente: en los ámbitos penal y administrativo es sancionadora, mientras que la naturaleza de las normas civiles es reparadora.

⁷⁰⁶ MASALITIN, A., 2006, *op. cit.*, p. 441.

⁷⁰⁷ *Vid.*, LLEDÓ YAGÜE, F., y MORILLAS CUEVA, L., (Dir.); MONJE BALMASEDA, Ó., (Coord.), 2012, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁰⁸ *Cfr.*, PEREA, B., *Responsabilidad Profesional en Odontología*, en BANDRÉS, F., *Lecciones de Medicina Legal*, Ed. Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria Facultad de Medicina (U.C.M.), Madrid, 2001, pp. 176-178, en idéntico sentido *Cfr.*, MASALITIN, A., 2006, *op. cit.*, pp. 439-440.

Es la responsabilidad jurídica, por motivos obvios, la parcela que más nos interesa desde el Derecho y dentro de ella, a efectos de este trabajo, es la responsabilidad civil que nace del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones del dentista (y por su trascendencia, aquella que nace del daño).

Por otra parte, hay que mencionar que, en España, la Odontología está presente en los dos grandes sistemas de prestación de servicios médicos que se distinguen: la sanidad privada y la pública, en ambos sistemas el consentimiento informado se considera parte integrante de la *lex artis*, actualmente. De ahí la importancia de este procedimiento. Esto ocasiona, de entrada, un abanico muy amplio de responsabilidad.

Navarro Michel⁷⁰⁹ sostiene que en la responsabilidad sanitaria, “la primera cuestión es la determinación de los sujetos responsables”, en clara referencia al personal sanitario, el centro asistencial y las aseguradoras de la asistencia; distinguiendo también entre la sanidad pública y privada: podemos encontrarnos con que una clínica privada puede ser demandada por incumplimiento contractual, o por la vía del 1902 CC (por hecho propio del profesional); o bien, por la del 1903 CC (hecho ajeno, en el caso de que el causante del daño sea personal a su servicio), en el caso de que la asistencia se preste a través de una aseguradora, el perjudicado podrá entablar acciones de responsabilidad contractual contra dicha aseguradora “que no se extiende a los profesionales sanitarios”⁷¹⁰ que produjeron el daño; concurriendo la acción por incumplimiento contractual frente a la aseguradora, con la extracontractual, frente al profesional sanitario, en el ámbito privado, señala García Garnica, que “sentada la premisa del carácter subjetivo del criterio de imputación de la responsabilidad civil, conforme a lo dispuesto en el Código Civil, en función de los sujetos que intervengan en la prestación de la asistencia sanitaria y de la existencia o no de contrato entre ellos y el paciente,

⁷⁰⁹ NAVARRO MICHEL, M., *La responsabilidad del médico y otras profesiones sanitarias*, en ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op., cit.*, pp. 120-131.

⁷¹⁰ *Ídem.*

cabe delimitar con más precisión el criterio de imputación a aplicar en el caso concreto”⁷¹¹.

La remisión al caso concreto no resulta baladí: en las relaciones dentista-usuario, nos podemos encontrar diversas maneras de ordenar la obligación. Como sostiene esta autora, existe la posibilidad de que el usuario haya concertado un arrendamiento de servicios con el profesional, como que entre ellos no haya relación contractual directa –bien porque la relación contractual la tenga el paciente con un centro sanitario, o bien con una compañía de seguros sanitarios–. “En ambos casos, el TS subraya reiteradamente que al encontrarnos ante una obligación de medios corre a cargo del demandante la prueba del daño, de la culpa y del nexo causal. Pero, mientras que, para el primer supuesto, la responsabilidad será contractual y se regirá por lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, en los otros dos, su responsabilidad será extracontractual y se regirá por lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil [...] el criterio de imputación de la responsabilidad contractual es más amplio que el de la extracontractual...” En cualquier caso, sigue diciendo la autora –en línea con el régimen jurídico de la responsabilidad civil en general– que, “la responsabilidad civil médica puede ser por actos propios o por hecho ajeno, ya que el facultativo no sólo debe responder por los daños que su propia actuación cause al paciente, sino también por los causados por sus dependientes o auxiliares”⁷¹².

Aunque expresamente no se contempla una responsabilidad contractual indirecta por hechos ajenos, la jurisprudencia lo reconduce a la “responsabilidad resultante de contravenir de cualquier modo sus obligaciones” que dice el artículo 1101 CC. Mientras que la responsabilidad por el hecho ajeno sí está expresamente recogida en el artículo 1903 CC, en sede de la responsabilidad extracontractual.

De esta manera, cuando la asistencia sanitaria se lleva a cabo en un centro sanitario privado, su titular puede ser responsable por los daños causados al

⁷¹¹ GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

⁷¹² *Ídem*.

paciente dentro de sus instalaciones: tanto por hecho propio, como por hecho ajeno, contractual del paciente con el centro y extracontractual de la aseguradora del paciente con el centro sanitario; e incluso penal, a tenor de los números 3º y 4º del artículo 120 CP⁷¹³.

En puridad, esto debería ser así: existiendo un contrato, el incumplimiento de las obligaciones del prestador un servicio de asistencia dental daría lugar a una exigencia de responsabilidad vía general del artículo 1101 CC (y los demás remedios previstos frente al incumplimiento, además de las acciones correspondientes, si se diera el supuesto de hecho del artículo 148 del TRLGDCU, al no excluirlas este artículo, por su compatibilidad, y a la indemnización que éste dispone).

Fuera del marco contractual, sería de aplicación el artículo 1902 CC, en sede de responsabilidad civil extracontractual y el artículo 1903 CC de responsabilidad directa del dentista por los hechos ajenos de sus «dependientes».

Como señala Rodríguez López, la diferencia entre los regímenes subjetivo y objetivo “se encuentra en los criterios de imputación”. Según este autor, se pueden dar dos criterios distintos para la imposición de la responsabilidad: “derivar dicha responsabilidad de la culpa en que haya incurrido el autor del daño, o derivar la responsabilidad de la simple existencia de la relación de causalidad entre el daño y la acción, en nuestro derecho el

⁷¹³ N.B. El apartado 3º del artículo 120 CP establece esta responsabilidad civil de los titulares de los establecimientos (sean personas naturales o jurídicas), «en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción». Mientras que en el apartado 4º, se les hace civilmente responsables «por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios» cuando estén «dedicadas a cualquier género de industria o comercio», en ambos casos, dicha responsabilidad civil del titular del establecimiento lo será subsidiariamente a la del criminalmente responsable. Cfr., SAP de Barcelona, núm. 85/2019, de 14 de febrero de 2019, por la que se condena, en este caso a un Higienista dental «como autor de un delito de abuso sexual a menor de 16 años del artículo 183.1 del Código penal», que, en concepto de responsabilidad civil *ex delicto* indemniza a través de su madre en la cantidad de 600 euros. Lo importante es que estima una responsabilidad civil subsidiaria de la Clínica Dental donde ejercía por cuenta ajena, en base a la «teoría de la creación del riesgo <*cuis commoda, eius incommoda*>, sin que se requiera culpa o negligencia según reconoce la jurisprudencia». Esto entronca con lo expuesto acerca de la responsabilidad civil subsidiaria que tiene el centro sanitario, por los daños ocasionados por sus empleados.

primer criterio de imputación (el subjetivo o por culpa) es el que se aplicaría en sede civil, mientras que el segundo (el objetivo) es el establecido por la norma administrativa para todo daño generado por la Administración”⁷¹⁴, con las matizaciones que exponemos más adelante.

En el ámbito público, los daños que no sean consecuencia de un delito, serán competencia –en principio– del orden Contencioso-Administrativo; por cuanto la responsabilidad patrimonial de la administración se rige por la Ley específica⁷¹⁵, que imputa objetiva y directamente la responsabilidad derivada de daños causados por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, y entre ellos, de los sanitarios. Como es directa de la Administración, no involucra al profesional sanitario, en principio, en consecuencia, se trata de una responsabilidad objetiva, esto es, teóricamente sin culpa, bastando demostrar el daño y el enlace causal entre éste y la actuación de la Administración⁷¹⁶. Sólo se excluye la fuerza mayor (acontecimiento externo e inevitable) pero no, el caso fortuito (acontecimiento interno e imprevisible).

Navarro Michel indica que son cuatro los requisitos para que nazca la obligación de indemnizar al dañado como consecuencia del funcionamiento de la Administración⁷¹⁷:

- 1º.- La existencia de una lesión patrimonial (daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado).

⁷¹⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., 2004, *op. cit.*, p. 371.

⁷¹⁵ *Cfr.*, GALLARDO CASTILLO, M. J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Bosch, Barcelona, 2009, 190 pp. La referencia textual se hace a la derogada Ley 30/92 de Procedimiento administrativo común, que debe entenderse hecha a las disposiciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, contenidas en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE núm. 236, de 2 de octubre) y más concretamente, al Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. (BOE núm. 236, de 2 de octubre), titulado “De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” (Artículos 32 y ss.).

⁷¹⁶ *Cfr.*, HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., 2018, *op. cit.*, p. 101. Sostiene la autora que, en casos de responsabilidad patrimonial, «lo que pondrá en marcha el mecanismo resarcitorio no es la conducta lesiva, sino la consecuencia de ésta, es decir, que se haya producido un *daño antijurídico*».

⁷¹⁷ NAVARRO MICHEL, M., *op. cit.*, p. 121.

- 2º.- Que sea producida por la actuación normal o anormal de la Administración pública, con relación de causalidad (nexo de causalidad entre esta actividad y el resultado daño).
- 3º.- Ausencia de fuerza mayor o de culpa exclusiva de la víctima.
- 4º.- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Hay que tener en cuenta que la Administración puede actuar en vía de regreso contra el facultativo si éste hubiera incurrido en negligencia grave o dolo, por lo que la imputación subjetiva del facultativo en el daño producido en el ámbito de la sanidad pública puede tener su importancia.

Además, siempre existe la posibilidad de actuar civilmente, ante un hecho dañoso ocurrido como consecuencia del funcionamiento de la administración sanitaria –que, en principio, sería tributario de la jurisdicción Contencioso-Administrativa–; ya que el usuario dispone de un *ius variandi* que le permite reconducir hacia la jurisdicción civil la acción indemnizatoria, ya que el aseguramiento de la responsabilidad civil a través de compañías de seguros contratada, bien por los profesionales, o bien por los propios centros sanitarios, (y esta posibilidad la tiene tanto en el ámbito de asistencia pública, como privada). Es decir, un aseguramiento privado de una actuación sanitaria, aunque ésta se haya realizado dentro del Sistema Nacional de Salud, permite ejercitar la acción directa contra el asegurador, en sede civil, que establece el artículo 76 LCS, siempre y cuando no se demande conjuntamente a la Administración y únicamente se accione contra el Seguro de Responsabilidad Civil.

De esta manera, podemos construir una acción civil sobre la base de la producción de un daño en el ejercicio de la sanidad pública, sin que la aseguradora pueda oponer frente al perjudicado las excepciones que pudiera oponer al asegurado (únicamente podrá alegar las cláusulas delimitadoras del objeto del seguro para enervar el procedimiento, y sólo cuando la reclamación verse sobre algún aspecto que no forme parte de ese objeto) y tratando el órgano judicial civil correspondiente la responsabilidad patrimonial de la administración como mera cuestión prejudicial, en esto coincidimos con Galán Cortés, cuando explica que “armonizando los arts. 13, 410 y 411 LEC, debe

considerarse que la intervención voluntaria de un sujeto originariamente no demandado (cual sucedería en este caso con la Administración pública sanitaria) no puede alterar la jurisdicción y competencia del Juzgado Civil”⁷¹⁸.

No son pocos los casos que se refieren a esta cuestión en la jurisprudencia, como en la ya mencionada STS de 5 de junio de 2019 y otras más recientes. Por ejemplo, la STS 449/2019, de 18 de julio⁷¹⁹, que, citando la anterior de 5 de junio, desestima el recurso de casación interpuesto por la aseguradora de la Administración contra una sentencia estimatoria basada en la acción directa del art. 76 LCS, en un caso de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos a causa del defectuoso tratamiento médico recibido por facultativos del SAS, condenando a la entidad demandada a “abonar a la actora la cantidad de 34.816,176 €”, considerando con criterio contrario al de la AP de Cádiz que la aseguradora estaba legitimada pasivamente para soportar una acción declarativa (que fue el primer pleito que planteó la perjudicada y después, entender que había cosa juzgada, para dejar sin efecto el segundo pleito de reclamación de cantidad). Posteriormente, sobre el mismo punto, otra resolución del alto tribunal desestima un recurso de casación, también interpuesto por la aseguradora condenada vía artículo 76 LCS, es la STS 579/2019, de 5 de noviembre⁷²⁰

Sobre la acción directa, otras resoluciones recientes son las SSTS 501/2020 y 503/2020 de 5 de octubre⁷²¹. La particularidad es que, en este caso, se trataba del fallecimiento de una funcionaria con aseguramiento privado concertado con una entidad privada a través de MUFACE, y la resolución de instancia no otorgó en su sentencia los intereses del artículo 20 LCS y se otorgan ahora en esta Sentencia. Otras resoluciones del Tribunal Supremo resaltan la importancia que tiene esta acción directa como Medio para

⁷¹⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 91.

⁷¹⁹ STS 449/2019 de 18 de julio (Id Cendoj: 28079110012019100418).

⁷²⁰ STS 579/2019 de 5 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012019100549).

⁷²¹ *Cfr.*, STS 501/2020 de y de octubre (Id Cendoj: 28079110012020100493) y STS 503/2020 de la misma fecha (Id Cendoj: 28079110012020100491).

«esquivar» la jurisdicción Contencioso-Administrativa y confirman el *ius variandi* que dispone el perjudicado en estos casos, cuando actúan solo contra la aseguradora⁷²².

Como vimos antes, a partir del principio de *iura novit curia*, los tribunales aplican normas –en principio de responsabilidad extracontractual– cuando estamos ante un daño producido como consecuencia de un incumplimiento contractual o del cumplimiento defectuoso de un contrato; donde lo que determina la responsabilidad civil es, precisamente, un incumplimiento de las obligaciones que emanan del propio contrato. Lo anterior no significa en absoluto que de un mismo hecho pueda derivarse responsabilidad contractual y simultáneamente, extracontractual, siendo entonces acertado entablar las dos acciones conjuntamente, de forma alternativa o subsidiaria; entre otras cosas, porque así lo prescribe el artículo 400.1 LEC.

En España, es notorio el aumento de las reclamaciones presentadas en los juzgados contra dentistas⁷²³ y es evidente que la presión legal de los pacientes está incrementando: la relación entre el número de reclamaciones recibidas en la Comisión Deontológica del Colegio de la I Región ha crecido exponencialmente, desde el año 1982 al 2011, en los últimos cinco años estudiados encuentra alrededor de 300 reclamaciones de media (entre los años 2007-2011), frente a aproximadamente menos de 150 de media en la década precedente (1995-2006) y menos de 50 reclamaciones de media entre 1994 y 1982 (en la que sólo se registró una reclamación legal), por lo que recomienda “hacer un buen consentimiento informado [...] para minimizar el riesgo de una

⁷²² Entre las más recientes, podemos citar las SSTS 501/2020 de 30 de septiembre de 2020 (Id Cendoj: 28079130052020100240), ya comentada; o la STS 545/2020 de 20 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012020100537).

⁷²³ PEREA PÉREZ, B., VEGA DEL BARRIO, J. M., LABAJO GONZÁLEZ, E., *et al.*, 2005, *op. cit.*, pp. 187-192. y PEREA PÉREZ, B., LUCERÓN DÍAZ-ROPERO, E., FONSECA PEÑA, M., *et al.*, “Responsabilidad profesional en implantología: Estudio de 60 reclamaciones legales de pacientes motivadas por un tratamiento implantológico”, *Científica Dental*, 2006; pp. 99-106.

demanda por responsabilidad profesional odontológica o limitar sus consecuencias”⁷²⁴.

Por la propia naturaleza de la actividad sanitaria, en general, puede verse lesionada la integridad física del paciente incluso con fines curativos⁷²⁵. La Odontología no es una excepción, y en algún estudio se ha observado una alta frecuencia de aparición de efectos adversos, relacionados con procedimientos más invasivos, como la Implantología⁷²⁶. La relación con el paciente es otra de las causas que motivan estas reclamaciones por presuntas imprudencias médicas, que se evitarían con una correcta y continua información al paciente y a sus familiares⁷²⁷. Por eso, el papel de los Colegios Profesionales de Dentistas resulta crucial ante reclamaciones por supuestas negligencias dentales, alcanzándose un acuerdo intracolegial en una de cada cuatro reclamaciones⁷²⁸.

Por otra parte, y a los efectos de nuestro trabajo, probablemente, parcelar en diferentes ámbitos la Odontología, según el deber incumplido, podría ser una excelente manera de estudiar la responsabilidad profesional del dentista. Así, a continuación, expondremos brevemente la responsabilidad deontológica y administrativa, patrimonial, penal o civil; con mayor énfasis en la responsabilidad civil por hecho propio o ajeno, distinguiendo a su vez, el marco correspondiente.

⁷²⁴ PEREA PÉREZ, B., LABAJO GONZÁLEZ, E., SANTIAGO SÁEZ, A., *et al.* “Responsabilidad profesional en Odontología”, *Rev. Esp. Medicina Legal*, 2013, pp. 149-156.

⁷²⁵ *Vid.*, GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op., cit.*, p. 11.

⁷²⁶ *Cfr.*, PEREA PÉREZ, B., *et al.*, 2014, *op., cit.*, p. e502. La aparición de efectos adversos parece ser más frecuente en Implantología (siendo ésta la “especialidad” de mayor frecuencia, con un 25,54% de los casos), seguida de la Endodoncia (20,72%) y la Cirugía oral (20,24%), entre otras.

⁷²⁷ HERNÁNDEZ GIL, Á., y HERNÁNDEZ MORENO, J., 2005. *op., cit.*, p. 213.

⁷²⁸ LÓPEZ-NICOLÁS, M., FALCÓN, M., PÉREZ-CARCELES, M. D., *et al.* “The role of a professional dental organization in the resolution of malpractice claims the professional dentist college in the region of Murcia (Spain)”, *Med Law*, 2011, Mar, 30(1), pp. 55-63.

3.2.1. Responsabilidad deontológica y administrativa

La responsabilidad deontológica, que otros denominan «responsabilidad corporativa», “es exigible por el colegio profesional al que pertenezca el personal sanitario, por órganos especializados de los mismos o comisiones deontológicas y de acuerdo al régimen disciplinario respectivo”⁷²⁹. En el caso de los Odontólogos, el artículo Art. 25, sobre el consentimiento informado, dispone:

1- Si los efectos y consecuencias derivados de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas propuestas por el profesional pudieran suponer un riesgo importante para el paciente, el dentista proporcionará información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas.

2- En aquellas circunstancias en que el paciente no estuviere en condiciones de prestar su consentimiento a la intervención profesional por minoría de edad, incapacidad o urgencia de la situación, deberá solicitarlo a su familia o representante legal, y si no le resultara posible, ante una situación de urgencia deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

3- El consentimiento se expresa habitualmente de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo se obtendrá el consentimiento por escrito.

4- El dentista deberá asumir las consecuencias negativas de sus actuaciones y errores, ofreciendo una explicación clara, honrada, constructiva y adecuada, en aplicación de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información.

Previamente, el artículo 5 de dicho Código, dispone que “el incumplimiento de los preceptos imperativos” a los que obliga dicho Código, “constituye falta disciplinaria tipificada en los Estatutos de los Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo General, cuya corrección se hará a través del procedimiento establecido en los citados Estatutos, en los específicos de cada

⁷²⁹ PALOMAR OLMEDA, A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., (Dirs.), *Tratado de derecho sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 55.

Colegio y demás normativa de desarrollo.”⁷³⁰. Por lo que cada Colegio provincial/Consejo autonómico tendrá su regulación específica, en cuanto a tipología de faltas y sanciones, tanto como en cuanto a la regulación del procedimiento reglamentario para su sustanciación, sin perjuicio del carácter suplementario de la Ley de procedimiento administrativo, en lo no previsto por dichos estatutos colegiales; aunque sí que establece un importantísimo artículo 13, en sede de «Principios Generales», que integra la *lex artis ad hoc* de forma imperativa en la actividad del profesional, cuando dispone: “El dentista se abstendrá de toda conducta perjudicial hacia la vida y la salud de los pacientes, atendiéndole conforme al conocimiento científico del momento y situación.”⁷³¹. Por lo tanto, una responsabilidad deontológica puede derivar en una responsabilidad administrativa disciplinaria, según los correspondientes códigos deontológicos profesionales, cuando el profesional sanitario cometa alguna falta tipificada como tal y esté amparado por este tipo de Corporación de Derecho Público (por lo tanto, con potestad sancionadora)⁷³².

Por otro lado, aunque, en general, el cumplimiento de las normas administrativas recae sobre el Titular del Centro Sanitario correspondiente, en cuanto a los aspectos organizativos, sus autorizaciones de funcionamiento, licencias, permisos, etc., también recaen en el profesional, individualmente considerado.

Recordemos que, por la configuración de Estado Constitucional Multinivel, ad intra, existe una multiplicidad de regulaciones autonómicas sobre el consentimiento informado se encuentra regulado en cada una de las CCAA. Ya vimos en el capítulo inicial que existen algunas disonancias con la normativa, y cumpliendo la ley estatal, puede estar incumplándose la norma

⁷³⁰ CGCDE, *Código español de ética y deontología dental*, 2012, *op. cit.*, p. 5.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 7.

⁷³² *N.B.* Por tanto, el incumplimiento de la *lex artis*, es decir, de las actuaciones calificadas como *inexcusables* que se especifican tanto en los protocolos clínicos aprobados, así como el incumplimiento de los preceptos del Código deontológico de la profesión, dará lugar a expediente disciplinario, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad por los órdenes jurisdiccionales correspondientes.

autonómica, pudiendo en este caso el profesional sufrir una sanción por incumplimiento de la norma autonómica, precisamente por actuar conforme a la Ley⁷³³. Otro tanto ocurre acerca de las normas tributarias, que han de cumplir todos los que realicen actividades por cuenta propia y por cuenta ajena, sometiéndose todos al gravamen del hecho impositivo; ateniéndose a la actividad inspectora y a la responsabilidad administrativa tributaria correspondiente.

Otro de los aspectos relativos a la responsabilidad administrativa es el ejercicio de la potestad sancionadora del empresario en el ámbito social; así como el régimen sancionador disciplinario, aplicable también a empleados públicos vía administrativa, que constituye una expresión más de la responsabilidad administrativa que tienen todos los profesionales sanitarios en su ámbito correspondiente, sea en su ejercicio tanto privado, como público.

3.2.2. Responsabilidad Patrimonial de la Administración por daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público

Como explicamos al principio de este apartado, si nos fijamos en el deber jurídico incumplido, podremos deslindar dónde se encuentra la responsabilidad civil.

En este caso, nos referimos a la *responsabilidad patrimonial de la Administración*, que surge del daño producido por su normal o anormal funcionamiento y se regula tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; en las cuales existen normas de responsabilidad civil por el resultado lesivo

⁷³³ En Andalucía, por ejemplo, el Decreto 521/2019, de 23 de julio, por el que se regula la prestación de la asistencia dental a las personas de 6 a 15 años protegidas por el Sistema Sanitario Público de Andalucía, publicado en el BOJA núm. 145 de 30 de julio; en vigor desde el 2 de septiembre de 2019, ignora por completo la legislación básica regula el consentimiento por representación. En nuestra opinión, este Decreto deja indefenso al dentista del PADI, ordenándole una actuación contraria no solo a la LAP, o a la LO 1/1996, que establece la necesidad de preservar el interés superior del menor y su derecho a ser considerado por razón de su edad y madurez, sino también, en casos de personas con discapacidad, a respetar sus deseos y anhelos, y conjugar las medidas de apoyo señaladas en la Ley 8/2021, de 2 de junio, en vigor desde el 3 de septiembre.

del funcionamiento de los servicios públicos, tal y como hemos avanzado. Se trata de una responsabilidad directa de la Administración, originariamente objetiva (sin culpa); aunque, como hemos mencionado, nuestros tribunales la han reconducido hacia una subjetivación, centrándola en algún aspecto de culpa o negligencia del profesional para conceder cualquier indemnización, porque repugnan de una responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario.

Es decir, lo que legalmente se ha configurado como responsabilidad objetiva, los tribunales han ido “subjetivando” la responsabilidad patrimonial, siguiendo criterios de imputación basados en acciones u omisiones imprudentes, negligentes o de falta de pericia de los profesionales sanitarios que ejercen en el ámbito público y siempre que se haya producido un daño en el perjudicado. Casi siempre se inicia por el particular, aunque puede iniciarse de oficio. Como hemos visto, los presupuestos son que exista un daño cierto, individualizado; esto es, que se trate de un daño que afecte a un particular y no a la generalidad de usuarios, evaluable o cuantificable económicamente, producido como consecuencia directa de la actuación de la Administración y que no tenga el deber de soportar el particular.

Por su parte, muy recientemente, Cobacho⁷³⁴ presenta un análisis de la evolución de la responsabilidad patrimonial sanitaria en España, comenzando con referencias a los artículos 43, 51-1 y 106-2 de la Constitución. Lo hace conjugando el derecho a la protección de la salud (y su remisión a la Ley en lo relativo a derechos y deberes) con la obligatoria garantía por parte de los poderes públicos de la defensa de consumidores y usuarios (su seguridad, salud y legítimos intereses económicos); junto con el derecho a ser indemnizados por lesiones causadas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo los casos de fuerza mayor. Remite a la regulación actual recogida en las leyes 39 y 40, ambas de 1 de octubre de 2015. Además, recogiendo el estudio de BADENAS CARPIO sobre el conjunto de normas sustantivas que conforman el Régimen Jurídico del Sector Público, en

⁷³⁴ COBACHO GÓMEZ, J. A., 2021, *op., cit.*, pp. 1545-1546.

el ámbito sanitario⁷³⁵; señala a continuación una serie de disposiciones normativas sobre trasplantes de órganos (Ley 30/1979, de 27 de octubre y el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre⁷³⁶), y otra serie de disposiciones normativas, sobre Farmacias, la propia LAP, La Ley de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de Mayo); la importantísima Ley 44/2003, de 21 de noviembre, “de Ordenación de los Profesionales Sanitarios”⁷³⁷; el RDL 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU); La Ley General de Salud Pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre) y la Ley General de Garantías y Uso racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (RDL 1/2015, de 24 de julio) que “dejó sin vigencia a la Ley 29/2006, de 26 de julio, que había sido modificada en varias ocasiones y que derogó la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento”.

A estos efectos, según Monterroso, el legislador en el RDL 1/2015, “no estableció un régimen de responsabilidad especial aplicable. Por lo que se aplicarán las reglas generales de imputación de la responsabilidad, en este caso la LGDCU cuando los daños sean ocasionados por defectos de los mismos”⁷³⁸; en alusión clara a lo que sería el actual régimen de responsabilidad objetivo del TRLGDCU, en su artículo 148. “En consecuencia, en los casos de responsabilidad por daños causados por un producto sanitario defectuoso utilizado en la prestación de un servicio asistencial, la responsabilidad será del productor, y solo se imputará la responsabilidad al profesional médico si

⁷³⁵ N.B. La cita textual es: «BADENASCARPIO, J. M. La responsabilidad civil médica, en Lecciones de Responsabilidad Civil, coordinador Reglero Campos F. Aranzadi, 2002, p. 252.». Se refiere al Código Civil (artículos 1902 y 1903), la Ley 26/84, de 19 de julio (actualmente el 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), La Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por Productos Defectuosos, la Ley 14/1986 –LGS–, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; la Ley 30/1992, a la que nos hemos referido antes, y por último a la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros Profesionales Relacionados con la Salud Dental.

⁷³⁶ Disposición derogada por el *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*. (BOE núm. 313, de 29 de diciembre).

⁷³⁷ N.B. La denominación de esta disposición «Ley 44/2003, de 21 de noviembre (BOE núm. 280, de 22 de noviembre)», es, textualmente, “de ordenación de las profesiones sanitarias”.

⁷³⁸ MONTERROSO, CASADO, E., (Dir.), 2018, *op. cit.*, pp. 99-100.

contraviene la *lex artis*”⁷³⁹. Con lo que, en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, habrá que distinguir la responsabilidad por daños producidos por productos sanitarios defectuosos, de los cuales responde el productor por la protección que brinda el Ordenamiento a los consumidores y usuarios de los servicios médicos sanitarios, “que exige una adecuada organización” para que el servicio funcione adecuadamente, de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva del profesional en la que incurre, cuando se aparta de la *lex artis* “conforme a la responsabilidad general del Código Civil”⁷⁴⁰.

Hay que tener muy en cuenta el régimen de la prescripción de un año en sede de responsabilidad patrimonial, en muchas ocasiones se ha intentado invocar la unidad de culpa, para intentar aprovechar de forma hartera la prescripción más amplia (antes de 15 años), frente a la de un año de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones⁷⁴¹.

Otro aspecto a señalar es que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria, “el cómputo del plazo de prescripción (que, con carácter general se establece en un año desde que se produjo el hecho o se manifestaron sus efectos lesivos), en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas, en el ámbito de la medicina pública, la competencia será del orden contencioso-administrativo [...] responsabilidad patrimonial de la administración [...], que imputa objetiva y directamente la

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁷⁴⁰ COBACHO GÓMEZ, J. A., 2021, *op. cit.*, pp. 1514-1515.

⁷⁴¹ *Cfr.*, STS 326/2019, de 6 de junio. Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz (Roj: STS 1949/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1949 Id Cendoj: 28079110012019100309). La sentencia alude (FD 5º) al criterio de la Sala sobre la *unidad de culpa* y evolución jurisprudencial de la consideración sobre su aplicabilidad cuando se trata de responsabilidad patrimonial: «1.- El origen de la responsabilidad médico-sanitaria puede ser contractual, extracontractual y ex delicto. Ante la tesitura del perjudicado en las dos primeras, a la hora de encausar su reclamación, este habría de identificar la acción a ejercitar, facilitando la jurisprudencia dicha labor mediante la doctrina de la unidad de la culpa. Lo que sucede es que en ocasiones se ha acudido a la denominada *unidad de la culpa* de forma hartera, para salvar la prescripción de la acción ejercitada», para concluir que resulta *incontestable*, actualmente, el plazo de prescripción de un año, del artículo «1968-2º CC».

responsabilidad derivada de daños causados por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, y entre ellos, de los sanitarios”⁷⁴².

La responsabilidad se le exige a la Administración Sanitaria a través de la jurisdicción Contencioso-Administrativa; pero puede pedirse simultáneamente a la aseguradora correspondiente (o directamente, solo contra la aseguradora, como veremos a continuación). El dentista del SNS puede personarse, como interesado, e incluso defenderse, pero a quien se pide responsabilidades es a la Administración. Si se declara finalmente una responsabilidad patrimonial, podrá actuar en vía de regreso, la Administración sanitaria contra el dentista (aunque rara vez lo hace). La responsabilidad, insistimos, es objetiva en teoría; por lo que, sólo se exigiría la prueba del daño, no de la culpabilidad. (En realidad, no se trata en la práctica de una responsabilidad objetiva pura –como podría deducirse legalmente, precisamente porque se exige la prueba de la culpabilidad–, en estos casos existe alguna flexibilización de los criterios de imputación, permitiéndose ciertas tendencias objetivadoras).

Además, hay que tener en cuenta, también, que el aseguramiento de la responsabilidad civil y patrimonial a través de compañías de seguros con las que contratan los profesionales y los centros sanitarios, tanto en el ámbito de asistencia privada como pública, tal y como hemos dicho *ut supra*, permite ejercitar la acción directa, vía civil, del artículo 76 LCS, únicamente contra la aseguradora del dentista, o de la propia Administración sanitaria.

Es decir, la jurisprudencia había ido aclarando la posibilidad de actuar directamente, solicitando el resarcimiento de los daños y perjuicios que sufra un perjudicado por la actuación de un profesional sanitario en el ámbito público, contra el Seguro de responsabilidad patrimonial de la administración, pero en sede civil; sin tener que actuar en la vía contencioso-administrativa (muchísimo más lenta y con una absurda predilección por justificar casi siempre la actividad administrativa). Posibilidad legalmente articulada a través de la LCS. Por lo que la determinación de la imputación de la

⁷⁴² GALLARDO CASTILLO, M. J., 2009, *op., cit.*, p. 93 y ss.

responsabilidad de la administración, en una acción directa, se torna en una simple cuestión prejudicial administrativa en el seno de un procedimiento en sede civil.

3.2.3. Responsabilidad Penal y la Responsabilidad Civil derivada del delito

La responsabilidad penal constituye un apartado perfectamente delimitado de la responsabilidad profesional en general, y de la sanitaria en particular. Puede producirse tanto en el ámbito del ejercicio público de la profesión dental, como en el privado.

Por el Principio de Legalidad, incurren en responsabilidad penal los profesionales sanitarios únicamente si su comportamiento se encuentra “tipificado” como delito en el CP⁷⁴³ (cuyo requisito es, como sabemos, la comisión de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible). Por tanto, se acudiría a la jurisdicción penal cuando se impute al dentista la comisión de un delito, tanto si su actuación ha sido en el ámbito público como privado.

Se ha identificado esta responsabilidad penal del odontólogo, como “la que más preocupación causa ya que la pena puede implicar prisión, multa e inhabilitación profesional”, señalando que para que se de responsabilidad penal debe probarse que hubo “culpabilidad. Y existen únicamente dos formas de culpabilidad: el dolo y la imprudencia”⁷⁴⁴.

Los mecanismos de imputación de la responsabilidad en el orden penal son diferentes a los civiles. La imputación objetiva penal, actúa “como una teoría general de la conducta típica que busca interpretar si un determinado comportamiento en su respectivo contexto social; es decir dentro de la concreta acción que realiza el sujeto como resultado de su libertad de actuación tiene o no un significado objetivamente delictivo, al que imputar la responsabilidad por el daño causado [...] trata de determinar si las

⁷⁴³ *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* (BOE de 24 de noviembre).

⁷⁴⁴ PEREA PÉREZ, B., 2001, *op. cit.*, pp. 179-180.

características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo y por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar a continuación si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico”⁷⁴⁵. El título de imputación en el orden penal será el dolo o la culpa. Consideramos que es difícil que el dentista, en el ejercicio normal de su actividad, cometa su acción dolosamente (y desde luego, será casi imposible probarlo); por lo que lo habitual será que intente probarse una imprudencia, delitos que sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley (ex artículo 12 CP).

Por las características de la actividad odontológica, en cuanto que se actúa sobre «anomalías y enfermedades de los dientes, de la boca, de los maxilares y de los tejidos anejos», es de esperar que sean delitos imprudentes relacionados con la violación del bien jurídico integridad física y salud de una persona natural, los que generalmente involucren penalmente al dentista.

Como sabemos, la mayoría de los delitos contra la integridad corporal son tipos «resultativos»⁷⁴⁶ por lo que se atiende al resultado lesivo y, por lo tanto, a la tipicidad en un primer lugar. Es decir, se exige el resultado en la mayoría de los casos (fallecimiento, lesión...) ⁷⁴⁷ y los medios empleados en las lesiones son indeterminados (la excepción está en el tipo agravado del artículo 148.1 y 2 CP).

Evidentemente, en cualquier ámbito es posible que el dentista pueda cometer delitos relacionados con el ejercicio profesional de la Odontología. Sin embargo, la mayoría de las veces, se tratarán de omisiones o imprudencias con resultado de lesiones.

⁷⁴⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva*, en BOLAÑOS GONZÁLEZ, M., (Comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Ed. Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE, Mérida (Venezuela), 2005, p. 95.

⁷⁴⁶ CORPAS PASTOR, L., 2018, *op. cit.*, p. 301.

⁷⁴⁷ *Cfr.*, CORPAS PASTOR, L., 2017, *op. cit.*, p. 15.

En relación al tema que nos ocupa, la falta de información no tiene la misma consideración en el Orden Penal puesto que –a diferencia del Orden Civil y Contencioso-administrativo–, la ausencia de la misma no genera, por sí sola, responsabilidad alguna en el ámbito penal, que se ocupa solamente de los hechos típicos incardinados en un delito, no pudiendo encuadrarse las conductas omisivas de información en tales calificaciones⁷⁴⁸. Sin embargo, Galán Cortés sostiene que “la falta de consentimiento informado en ocasiones puede ser determinante de una infracción del deber objetivo de cuidado, llegando incluso, en casos extremos, a motivar su reproche penal”⁷⁴⁹. Recordemos que únicamente si existe el conocimiento previo de la información relativa al procedimiento y sobre las alternativas que al mismo tiene, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento al respecto⁷⁵⁰. Como ejercicio de la autonomía de la voluntad del paciente, la información que se le proporciona le hace decidir si se somete o no a un determinado procedimiento diagnóstico o terapéutico, en función del riesgo que quiera asumir, lo que “supone en última instancia un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del paciente [...] titular de derechos”⁷⁵¹ y por tanto, mediando expresamente el consentimiento, se exoneraría la responsabilidad del profesional.

⁷⁴⁸ Cfr., HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., 2018, *op. cit.*, pp. 301 y ss. La autora sostiene que el resarcimiento en sede de responsabilidad patrimonial de falta de información y de la ausencia o los defectos invalidantes del consentimiento informado, podría interpretarse como una «sanción encubierta», como «reminiscencia» de una enmienda no aprobada de la LAP (haciendo alusión «a que la trascendencia de la regulación de los derechos reconocidos al paciente en dicha Ley, y las correlativas obligaciones aconsejaban establecer un régimen sancionador específico, sin perjuicio de la aplicación de normas de carácter general en materia procedimental», que tipificaba sanciones, en la línea habitual de la regulación administrativa «muy graves, graves o leves»). Aquella enmienda no prosperó. Sin embargo, aunque los tribunales ya han explicado que la ausencia del consentimiento cuando no hay daño, no puede otorgar indemnización, ello no es óbice para que la Administración proceda a ejercer su potestad sancionadora frente al sanitario incumplidor...

⁷⁴⁹ GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad médica y Consentimiento informado*. Ed. Civitas. Madrid, 2001, p. 381.

⁷⁵⁰ Cfr., ZAMBRANA MORAL, P., y CORPAS PASTOR, L., “Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales”, *Informe dental*, 1998; pp. 295-297; CANTERO MARTÍNEZ, J., “El Consentimiento informado del paciente menor de edad. problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *DS*. 2009; p. 1.

⁷⁵¹ Cfr., GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, p. 97.

Pero, como hemos explicado en el régimen de la responsabilidad penal, la mayoría de las veces se tratará de delitos cometidos de forma imprudente. Ello no quiere decir que no puedan incurrir los dentistas también en delitos dolosos (como los ya mencionados, en el ámbito público, la falsedad documental, o cualquier otro delito doloso en cualquier ámbito, como la desobediencia, o la omisión del deber de socorro, la intromisión ilegítima en la intimidad, el acceso indebido a la Historia clínica de un paciente, por nombrar algunos).

Sin embargo, hay un delito que tiene mucho que ver con el ejercicio de las profesiones sanitarias, y muy concretamente, en la esfera odontoestomatológica: el delito de intrusismo profesional; que en este ámbito tiene unas connotaciones muy peculiares. Cometido por un dentista, implicaría realizar actos de otra profesión (generalmente la de médico), sin tener la capacitación para ello. Se trata de un delito de mera actividad, sin que tenga que existir resultado lesivo alguno para la salud del paciente.

Lo fundamental en cuanto al delito de intrusismo, relacionado con la Odontología tiene que ver más con el amparo de dicho delito, realizado por colaboradores dependientes del dentista en el centro sanitario bajo su dirección. Este es el caso en el que el dentista delega en sus dependientes alguna actividad cuya realización tiene legalmente atribuida como actos propios de su profesión, y tolera o los “encarga” a cualquiera de sus colaboradores (muy frecuentemente higienistas u otro personal auxiliar dependiente)⁷⁵².

⁷⁵² Cfr., STS núm. 324/2019, de 20 de junio de 2019 (Roj: STS 2048/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2048 Id Cendoj: 28079120012019100383), que confirma la condena del Juzgado de lo Penal nº 1 de Gijón, de fecha 13 de septiembre de 2017, impuesta a un Protésico e Higienista dental “como autor criminalmente responsable de un delito tipificado en el art. 403 CP e imponer la pena en la postulada de seis meses de multa a razón de 8 euros/día y 90 días de arresto en caso de impago, manteniendo el resto de la condena penal de primera instancia”. Esta sentencia contiene la *doctrina sobre el delito de intrusismo*, con cita de STS de 29 Sep. 2000, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia, Rec. 3525/1998 (Realización de labores de odontólogos y estomatólogos por protésico dental) STS de 23 Mar. 2005, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 407/2005 Rec. 2301/2003. (Ejercicio de actos propios de una profesión sin título académico u oficial. Delito de mera actividad que se consuma sin necesidad de un resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo).

Pese a que no es tema de nuestra tesis, lo verdaderamente sorprendente no es que sea frecuente la comisión del delito de intrusismo por parte de personal no dependiente del dentista (como en el caso de protésicos dentales, u otros profesionales sanitarios que desarrollen actividades propias de una profesión que no es la suya), sino que desde el ámbito jurídico se lancen opiniones doctrinales muy peligrosas⁷⁵³, desde mi punto de vista, que amparan este delito dándole una importancia menor, cuando se refiere a un bien jurídico protegido triple; que es de titularidad pública y privada, y que protege varios bienes jurídicos: en primer lugar, el del particular sobre el cual se actúa, es decir, el derecho fundamental a la integridad física y a la protección de la salud, en segundo lugar, el de la corporación colegial, en cuanto no solo a intereses materiales y económicos, sino de puro prestigio como profesión y en tercer lugar, al Estado, como cotitular del bien jurídico protegido, pues corresponde a éste, como hemos visto, la ordenación de las profesiones sanitarias. Además, el ejercicio siquiera parcial de una profesión regulada en la Unión Europea no es posible si la ley nacional no lo permite⁷⁵⁴.

Cuando un profesional sanitario incurre en responsabilidad penal (o administrativa, como hemos visto) puede además tener responsabilidad civil

⁷⁵³ GARCÍA BLÁZQUEZ, M., y CASTILLO CALVÍN, J. M., 2011, *op. cit.*, p. 160. Sorprendentemente, afirman estos autores que “...no hay razón para entender que algo tan básico como una extracción dentaria, por ejemplo, no pudiese ser realizada por estos [en alusión a los “Protésicos dentales” y “ATS” (Enfermeros)], especialmente cuando están al menos tan capacitados como los propios odontólogos para la valoración médica no sólo del acto en sí, sino de todos los aspectos médicos que lo rodean y del uso y manejo de la farmacología general y específica en las enfermedades de la cavidad bucal”. Esta afirmación constituye, además, una temeridad peligrosa e impropia de un libro con vocación de «Manual Práctico de Responsabilidad de la Profesión Médica» sobre aspectos jurídicos y médico forenses.

⁷⁵⁴ *Cfr.*, Sentencia de 21 septiembre 2017, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), *Caso Malta Dental Technologists Association y Reynaud contra Saħħa Pubblika y Otros*. (JUR/2017/238222). Se resuelve una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 49, 52 y 56 TFUE (RCL 2009, 2300) así como de la Directiva 2005/36/CE (LCEur 2005, 2171 y LCEur 2007, 1734) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO 2005, L 255, p. 22), modificada por la Directiva 2013/55/UE (LCEur 2013, 2302) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013 (Directiva 2005/36 (LCEur 2005, 2171 y LCEur 2007, 1734), (DO 2013, L 354, p. 132). El TJUE declara que la normativa europea reconoce la existencia de profesiones reguladas y que el acceso parcial a la profesión regulada, que regula la Directiva 2005/36 (LCEur 2005, 2171 y LCEur 2007, 1734), autoriza al Estado miembro de acogida del profesional el acceso parcial a una actividad profesional en su territorio caso por caso y únicamente cuando se cumplan unas condiciones; entre otras, que el profesional esté plenamente cualificado para ejercer en el Estado miembro de origen la actividad profesional para la que se solicita el acceso parcial en el Estado miembro de acogida. La STJUE declara que, para atender pacientes dentales directamente, está habilitado únicamente el Odontólogo, en toda la Unión Europea, en virtud del artículo 36 de la Directiva (LCEur 2005, 2171 y LCEur 2007, 1734).

hacia los perjudicados; que no tiene ésta naturaleza sancionadora, insistimos, sino que son remedios reparadores de una violación de un derecho de crédito.

Como sabemos (art. 100 LECrim.), del delito *podría* nacer la acción civil «para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible», que puede ejercitarse simultáneamente contra el responsable civil (dentista, seguro, centro sanitario). El artículo 110 CP previene que la responsabilidad civil «*ex delicto*» comprende tanto “la restitución” de la cosa, como “la reparación del daño” y la “indemnización de perjuicios materiales y morales”, que comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares y terceros (artículo 113 CP).

Pero tenemos que reafirmar que la responsabilidad civil en sede penal no nace del delito: la responsabilidad civil nace del daño, esto es, con ocasión del delito, se causa un daño y de éste nace la obligación civil de indemnizar. Así, la conducta del dentista se reprocha por el delito (o por infracción administrativa, en su caso); pero los daños se resarcen mediante la responsabilidad civil. Entonces, el profesional estará obligado a reparar el daño causado, indemnizando los daños materiales y morales causados a la víctima (ex artículo 109 CP y ss.) y son normas propias de naturaleza civil, distintas a la responsabilidad extracontractual, las que tiene la responsabilidad civil derivada del delito, como hemos señalado anteriormente. Mientras que los actos lesivos protagonizados por los miembros del equipo serán por definición de entera de incumbencia penal de éstos (principio de confianza), los ocasionados por los auxiliares o dependientes se atribuirán subsidiariamente al dentista si es que éste no tomó las medidas de seguridad pertinentes (riesgo jurídicamente desaprobado). Es decir, la imputación del comportamiento e imputación del resultado.

En la responsabilidad civil derivada del delito, a diferencia del daño físico, el daño moral no es mensurable bajo los patrones del día de lesión o del valor de la restitución o reparación concreta y, como señala la STS de 17 de julio de 2009, citando la STS de 2 de marzo de 1994: “La reparación económica de los daños morales es una consecuencia misma del hecho

delictivo y no precisa concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas previamente diagnosticadas”.

En cuanto a las circunstancias de exoneración de la responsabilidad, hay determinadas normas que excluyen la responsabilidad criminal, al igual que en materia de responsabilidad civil, en la que el problema suele plantearse en torno a cuatro supuestos: legítima defensa⁷⁵⁵ (Art. 20.4 CP), estado de necesidad (Art. 20.5 CP), culpa del perjudicado y caso fortuito. Conforme al art. 119 CP y salvo renuncia o reserva expresa, debe fijar la responsabilidad civil la sentencia penal que sea absolutoria por estimar por ejemplo la concurrencia de determinada causa de exención prevista en los números: 1,2,3,5, 6 y 7 del art. 20 CP. Por ejemplo, el artículo 20.2 CP prevé la exención de la responsabilidad criminal cuando al tiempo de cometer la infracción penal el infractor se halle en estado de intoxicación plena, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia, por lo que en un procedimiento por el que un dentista que fuese absuelto de un delito por esta causa, la sentencia absolutoria deberá comprender un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil, si no se ha reservado o renunciado expresamente a ella durante el proceso penal. Si recae sentencia condenatoria, el juez aplicará las disposiciones del CP, con vinculación del juez civil a la sentencia penal en cuanto a la causación física del daño y a la participación del hecho del condenado.

Si no se ha expresado reserva de la acción civil, ésta puede ejercitarla el fiscal, mediante su acumulación a la acción penal, en ese caso, si no se apreciara la existencia de delito, es posible que el juez declare la existencia de un daño moral, y entonces, el perjudicado tendría derecho a una indemnización por daño moral, en la forma que acabamos de exponer. Si, por el contrario, el perjudicado expresamente se reservara la acción civil en el proceso penal, podrá ejercer posteriormente ante la jurisdicción civil la acción de reclamación de responsabilidad civil (arts. 111 y 112 LECrim). Sin embargo, no cabrá proceso posterior civil si la sentencia penal declara la

⁷⁵⁵ N. B. El Art. 118 no declara que subsista la responsabilidad civil, por lo que se debe deducir que la legítima defensa excluye la responsabilidad civil.

inexistencia del hecho de que la civil hubiese podido nacer (artículo 116 LECrim).

Además, la existencia de una sentencia penal (incluso que contenga pronunciamientos de Responsabilidad Civil) no impide, sin embargo, el ejercicio posterior de una acción civil contra terceros que no aparecieron bajo ningún concepto en el proceso penal y contra los que no hubo por tanto petición, ni consiguientemente pronunciamiento de responsabilidad subsidiaria. Por tanto, el paciente que inicie contra un dentista una acción civil, dentro de la penal, siempre podrá iniciar otras acciones civiles, posteriormente, frente a “los otros” profesionales que hubieren intervenido en su asistencia; sin que existan defectos procesales en tales acciones por causa de la previa acción penal. Finalmente, cuando la acción civil no se hubiera ejercitado conjuntamente con la penal, tras el archivo del procedimiento por ausencia de responsabilidad penal, señalará el *dies a quo*, que inicia el plazo de prescripción de un año para ejercer la vía civil de reclamación de daños.

3.2.4. La responsabilidad Civil del dentista. Problemas de delimitación

En párrafos precedentes hemos incidido si quiera por encima en que la responsabilidad civil puede definirse como la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro, a la obligación de reparar el daño producido, distinguiendo cuando la vulneración del deber de conducta nace de un contrato (responsabilidad civil contractual, en la que se incumplen las obligaciones –o se cumplen defectuosamente– y se genera un daño); o bien se debe a un comportamiento culposo o doloso que genera un daño y del que nace la responsabilidad de indemnizar dicho daño causado por ese comportamiento poco cuidadoso sin que existiera vínculo obligacional previo entre el agente productor del daño y el sujeto dañado (responsabilidad civil extracontractual)⁷⁵⁶.

⁷⁵⁶ Por todos, DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, L., 2003, *op. cit.*, p. 539.

Dentro de la polisemia que envuelve el término jurídico “responsabilidad”, la civil ha de definirse, necesariamente, de forma imprecisa pero acotada entre lo que no es responsabilidad penal y lo que tampoco es responsabilidad objetiva: ahí en medio estará la responsabilidad civil; sin dejar de advertir que la responsabilidad civil objetiva o cuasiobjetiva no termina de abandonar las referencias a la culpa, ya sea *in vigilando*, *in educando*, *in eligendo*, etc., “con lo que parece no terminar de definirse como una responsabilidad pura sin culpa, al no llegar a asumir la satisfacción de los criterios de imputación objetiva como único criterio de imputación subjetiva”⁷⁵⁷.

Luna Yerga afirma que “dibujar un mapa de la responsabilidad civil médico-sanitaria en nuestro país no es tarea fácil”⁷⁵⁸, pero si se aborda ésta desde la perspectiva de la jurisdicción competente, puede sistematizarse de alguna manera, siendo *intuitivo* deducir “las normas procesales aplicables y, al tiempo, la regulación sustantiva conforme a la cual se decidirá el caso”⁷⁵⁹. Un estudio realizado en 2012, que puso de manifiesto la dificultad de análisis jurisprudencial de la responsabilidad sanitaria, afirmaba que “la gran mayoría de casos de reclamaciones médicas se canalizan por la vía contencioso-administrativa y la civil, que se centran en la reparación indemnizatoria, antes que en la penal, la cual añade una responsabilidad personal del autor responsable del hecho”⁷⁶⁰.

Es en el ámbito sanitario, veremos, donde con mayor frecuencia se entrelazan la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

⁷⁵⁷ Cfr., SANZ ENCINAR, A., 2000, *op. cit.*, p. 32. Sostiene en este punto que, a diferencia de la responsabilidad civil, que es un término incierto, la responsabilidad penal no es un término tan vago, pues “claramente asocia a determinadas conductas tipificadas, objetiva y subjetivamente, una consecuencia jurídica punitiva; en ausencia de una causa de justificación o exculpación”.

⁷⁵⁸ LUNA YERGA, Á., y SALVADOR CODERECH, P., (Pról.), *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, 2004, p. 45.

⁷⁵⁹ *Ídem*.

⁷⁶⁰ DE URBANO CASTRILLO, E., “La responsabilidad penal médica: Estado actual de la cuestión”, *Rev Jur Can*, 2012, 25, p. 65.

La confusión está servida si tenemos en cuenta que se establece en la demanda la preclusión de sus fundamentos de derecho, es decir, el artículo 400.1 LEC (párrafo primero) proclama: «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla», por tanto, se deben articular en el proceso civil, todas las acciones pertinentes en la demanda y todos los preceptos en los que se pueda basar ésta, so pena de preclusión.

En opinión de Domínguez Luelmo, la responsabilidad civil médica “no viene resuelta de manera expresa en nuestra legislación, sino que las soluciones aplicables a cada caso concreto han venido siendo elaboradas por la jurisprudencia sobre la base de los preceptos legales que genéricamente se refieren a la responsabilidad civil contractual y extracontractual.”⁷⁶¹.

En este ámbito de la responsabilidad civil sanitaria juega un papel extraordinario, como hemos ido desgranando en páginas anteriores, la *lex artis ad hoc* como criterio de adecuación de imputabilidad cuando se infringe, porque el profesional sanitario tiene un especial deber de diligencia en el desempeño profesional. Tras la promulgación de la LAP tuvo un auge importante el consentimiento informado como elemento delimitador del nivel de diligencia exigible al médico. Jurisprudencialmente, el consentimiento informado se ha definido como un elemento propio de dicha *lex artis*, y presupuesto de la misma⁷⁶², con una mayor intensidad de la información previa en la medicina satisfactiva/voluntaria, que en la actividad sanitaria curativa/asistencial.

⁷⁶¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 2007, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷⁶² *Cfr.*, STS núm. 330/2015, de 17 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100315). Ponente José Antonio Seijas Quintana, en la que citando las SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre 2006 ; 7 de mayo de 2014, recuerda que “el Consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial [...] La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005 ; 4 de octubre 2006 ; 29 de junio 2007 ; 27 de septiembre 2010 ; 20 de enero 2011)”.

En el ámbito especial al que nos estamos refiriendo, el incumplimiento contractual (o la producción de un daño derivado de la actividad de los dependientes del principal) se predica de una “infracción de la diligencia media del buen profesional, que vendría a equivaler a la culpa leve”. Según Sánchez Gómez, la *lex artis* se convierte en un “criterio enjuiciador de la actividad médica, que será determinada por el Juez, como paso previo para dilucidar si el facultativo se ha ajustado o no a ella en su actividad”⁷⁶³.

La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁷⁶⁴ ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, como señala la Sentencia de 20 de noviembre de 2009⁷⁶⁵.

Fuera del ámbito contractual, el criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente

⁷⁶³ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op., cit.*, p. 242.

⁷⁶⁴ *Vid.*, CORPAS PASTOR, L., “Verdades como puñetas: una visión *iusfilosófica* práctica jurisprudencial de responsabilidad sanitaria derivada del derecho fundamental al Consentimiento informado, en su conexión con el derecho a la integridad física y moral”, *Rev crítica Historia de las Relaciones laborales y de la Política social*, 2020 (aceptado para publicación), donde presentamos la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca del tratamiento de la responsabilidad civil sanitaria.

⁷⁶⁵ STS núm. 778/2009, de 20 de noviembre (Roj: STS 6873/2009 - ECLI:ES:TS:2009:6873 Id Cendoj: 28079110012009100719). Esta sentencia, junto con las SSTs de 3 de marzo de 2010, 19 de julio 2013, y 7 de mayo de 2014 forman parte de la doctrina que cita a su vez la STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015; sobre la obligación de medios en que consiste la responsabilidad del dentista, en su FD 2º, dice *que* “(l)a 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 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 de junio 2009)”.

acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005⁷⁶⁶; 10 de junio 2008).

Los profesionales sanitarios actúan sobre personas, pacientes o clientes, en palabras de Seijas Quintana, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1950, así como la de 25 de abril de 1994, citadas a su vez en la STS de 22 de Julio de 2003, “en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente”⁷⁶⁷; pero las personas son entes biológicos y cada una reacciona de forma similar, pero siempre diferente. La STS 26 de julio 2006 reitera que siempre “la naturaleza de la obligación del médico [...] es obligación de actividad o de medios”, citando la STS 23 de marzo de 2006⁷⁶⁸. La exposición sistemática que realiza este autor describe los

⁷⁶⁶ STS núm. 943, de 24 de noviembre (Roj: STS 7121/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7121; Id Cendoj: 28079110012005100912). Se refiere, precisamente, a un caso de Angina de Ludwing, derivado de la previa exodoncia de un segundo molar inferior derecho (47), realizada por un profesional, que fue tratado posteriormente por un médico otorrinolaringólogo, cuando el primero le derivó al paciente al observar que el tratamiento de antibiótico seguido no era efectivo. El especialista aconsejó su ingreso hospitalario urgente, en el que se diagnosticó un absceso de suelo de la boca, se le realizaron análisis de sangre y diversas pruebas, con complicación posterior que derivó en un shock séptico y hemorragias que obligó a trasladarlo a otro hospital, establecimiento de drenajes y diversas intervenciones, detectándose una parálisis total de la lengua (posible neuropatía tras edema postquirúrgico). El recurso se desestimó precisamente porque se exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (art. 1902 CC, que se funda en la culpabilidad), en este caso, no se aprecia (FD 4º) “ninguna deficiencia en el tratamiento, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala”; con cita de las SSTS 26 de mayo de 1986, 7 de febrero de 1990 y 24 de marzo 2005.

⁷⁶⁷ Cfr., SEIJAS QUINTANA, A., 2009, *op. cit.*, p. 10,

⁷⁶⁸ Cfr., STS núm. 269/2006, de 23 de marzo (Id Cendoj: 28079110012006100291), cuyo Ponente fue D. Román García Varela, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la absolución del centro sanitario y los médicos que atendieron a la paciente, que, tras ser intervenida de histerectomía total por un carcinoma ovárico, le siguió posteriormente un tratamiento quimioterápico después de varios episodios de dolor que se concretaron en una recidiva del tumor. La demanda y la apelación se desestimaron, porque no se había probado una “conducta productora, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta”. Recuerda la sentencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “como dice la STS de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, Odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, SSTS de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre y 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997 “. La importancia de esta sentencia es que sigue identificando la Odontología como una actividad donde el resultado se asegura “como cirugía estética” o “vasectomía”. Doctrina que, como

elementos jurisprudenciales que comprende la obligación de medios, según recoge la STS de 11 de febrero de 1997. Es decir, "la utilización de cuantos medios conozca la ciencia de acuerdo a las circunstancias del enfermo; la información sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos" –como expusimos en el apartado correspondiente al consentimiento informado–; “y la continuidad del tratamiento hasta el alta”, en cuanto a las pruebas diagnósticas se reitera la obligación de realizar “todas las necesarias”⁷⁶⁹.

Recordemos lo que Rodríguez-Rosado⁷⁷⁰ expone acerca del «sinalagma genético» que da origen al contrato. Existiendo contrato (e, indudablemente entre deudor de la prestación y acreedor de la misma existe un contrato), las partes se obligan al cumplimiento de lo pactado; y, como «sinalagma funcional», desde el siglo XV, “puede decirse que la *exceptio non adimpleti contractus* se ha consolidado definitivamente en la práctica y la doctrina, convirtiéndose en la primera de las tres características del sinalagma funcional que encontró reconocimiento en el Derecho europeo”⁷⁷¹; pues no puede exigir el cumplimiento quien previamente no cumple su obligación y el corolario siguiente es la acción de resolución por incumplimiento, prevista en nuestro 1124 CC: en estas relaciones sinalagmáticas, o recíprocas, cuando uno cumple y el otro no, la parte cumplidora puede optar por exigir tal cumplimiento, o bien por la resolución del contrato y ambas acciones junto con la indemnizatoria, con el alcance previsto del art. 1106 CC.

¿Cuándo incumple el deudor de la prestación de hacer? (Porque el deudor del precio incumple si no paga; pero también cuando incumple otros deberes a tenor de lo previsto en el artículo 1258 CC). Cual sea el contenido del incumplimiento del dentista, este derivará siempre de una falta de diligencia (mera ausencia de actividad, o un despliegue de medios erróneo, inadecuado

veremos más adelante, ha mudado muy acertadamente, considerándose la Odontología como toda actividad médica; con obligación de medios y sólo de resultado, únicamente cuando así se configure la obligación.

⁷⁶⁹ Cfr., SEIJAS QUINTANA, A., 2000, *op. cit.*, pp. 11-16.

⁷⁷⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, B., 2013, *op., cit.*, p. 11.

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 34.

o insuficiente para satisfacer el interés del acreedor), en todo caso acción u omisión contraria al propio sinalagma funcional que también es el contrato.

En estos casos de incumplimiento, no siendo posible (ni útil para el cliente) el cumplimiento del contrato de tratamiento odontológico, nace la institución de la resolución por incumplimiento, con el alcance que veremos limitado al *interés positivo* del acreedor (y en el caso de este especialísimo contrato, que inexorablemente afecta la integridad corporal, tal interés positivo implicará no dejar al acreedor en situación peor que antes de celebrar el contrato, porque ello está ínsito en la ficción de compensar al acreedor para dejarlo en la situación como si realmente el contrato se hubiera cumplido); lo que nos lleva directamente al problema de la liquidación de los daños y perjuicios producidos como consecuencia del contrato incumplido, cosa que estudiaremos en los dos capítulos siguientes y, específicamente en la valoración del daño dental.

A) Responsabilidad civil contractual por hecho propio en el Contrato de tratamiento odontológico.

En líneas generales, como hemos explicado, es conveniente diferenciar la responsabilidad civil contractual (primando la exigencia de responsabilidad cuando existe un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato), frente a la extracontractual (cuando el productor del daño y el perjudicado no se encuentran vinculados por una relación obligatoria previa, de origen convencional).

Morales Moreno establece la diferencia porque “(l)a responsabilidad contractual toma en consideración el interés que surge del contrato (fin de protección del contrato), los beneficios o las ventajas que cada contratante tiene derecho a obtener de él, frustrados por el incumplimiento”; mientras que la responsabilidad extracontractual “considera exclusivamente el interés de conservación de los bienes de un sujeto. Se orienta a la reparación del daño

proveniente de la lesión de dichos bienes”. Lo que “justifica que sean también distintas las reglas aplicables a una y otra”⁷⁷².

Desde la óptica de nuestro trabajo, nos vamos a centrar ahora en la responsabilidad civil contractual del dentista (habiendo aclarado previamente que la responsabilidad civil se puede accionar en otros órdenes jurisdiccionales), entendiendo que la relación obligacional del dentista con el consumidor –a través del consentimiento informado– trae cuenta de un contrato innominado, o atípico con tipicidad social, con el problema –señalado por Díez-Picazo en relación a decidir cuál es la disciplina normativa que lo regula y determinar “cuál es la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados”⁷⁷³.

Como negocio jurídico, ante el incumplimiento del tenor de la obligación, el perjudicado podrá optar por cualquiera de los remedios generales existentes frente al incumplimiento de las obligaciones, en el caso de la responsabilidad civil contractual. De la misma forma que otros han estudiado los remedios ante el incumplimiento de las obligaciones del médico⁷⁷⁴, con el resultado práctico de una exigencia de responsabilidad indemnizatoria en el ámbito sanitario y en particular en el odontológico⁷⁷⁵; nos interesaría centrarnos en los remedios generales del incumplimiento de las obligaciones del contrato y si tales remedios de la teoría general de obligaciones son aplicables ante el incumplimiento del contrato de de tratamiento odontológico que estamos dibujando.

Lo que ocurre, como hemos expuesto, es que la mayoría de los litigios sobre responsabilidad médica en España “se articulan en torno a las reglas de

⁷⁷² MORALES MORENO, A., 2010, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁷⁷³ DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 489.

⁷⁷⁴ *Cfr.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, pp. 243 y ss.

⁷⁷⁵ *Cfr.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

la responsabilidad extracontractual”⁷⁷⁶ y bajo la premisa de una supuesta y poco pacífica «unidad de culpa civil», de creación jurisprudencial (o concurso de normas fundadoras de una misma pretensión exigida por el artículo 400 LEC), “se siguen sustanciando demandas de responsabilidad extracontractual en relación con servicios médicos de carácter privado, en los que no hay duda de la existencia de una relación contractual previa”, en lo que la en una «tendencia a articular la responsabilidad médica como extracontractual»⁷⁷⁷.

En el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad del dentista señalamos algunos ejemplos de esta tendencia que no termina de desvincular la aplicación de normas de responsabilidad civil extracontractual, cuando se ejercitan acciones claramente de responsabilidad contractual, en el ámbito sanitario.

La indemnización nace del daño, como consecuencia de la declaración de la responsabilidad del profesional. Y, en ejercicio de la odontología, es posible causar daños al paciente/cliente/consumidor; que, mediando un criterio de causalidad adecuado, una imputación objetiva y subjetiva, probado el daño y sin que haya causa de exoneración, nace la responsabilidad civil de reparar (restituir, o indemnizar) dicho daño, dándole exactamente igual a la víctima probar la responsabilidad apoyándose en reglas residenciadas en sede contractual, o extracontractual; porque en ambos casos, en la práctica, “deberá demostrar la negligencia del médico o médicos que han llevado a cabo el tratamiento o intervención, y para demostrar tal negligencia se utilizan en ambos casos los mismos parámetros de valoración”⁷⁷⁸.

Luna Yerga llega a afirmar que “la jurisdicción civil del profesional médico o sanitario se decidirá conforme a un estándar de negligencia”, y, añade que fuera del marco extracontractual, “resultará de aplicación el art.

⁷⁷⁶ *Vid.*, SANTOSMORÓN, M. J., 2018, *op., cit.*, p. 4.

⁷⁷⁷ *Ídem.*

⁷⁷⁸ SANTOSMORÓN, M. J., 2018, *op., cit.*, p. 5.

1101 CC, en caso de que los daños se hayan producido en el ámbito de una relación contractual.”⁷⁷⁹. Hace un guiño a una fugaz aplicación del régimen especial de protección de consumidores, cuando alude, en nota a pie de página, una incipiente (y castrada actualmente) línea jurisprudencial sobre la base de la aplicabilidad del antiguo artículo 28 LGDCU, sugerida *obiter dictum* por el Magistrado XABIER O’CALLAGHAM MUÑOZ [SSTS, 1^a, 29.11.2002 (rj 2002, 10404) y 31.01.2003 (RJ 2003, 646)], las cuales, en su momento fueron objeto de “duras y fundadas críticas” (a las que se adhiere abiertamente, “salvo en los casos en los que el profesional hubiera actuado como principal”).

Importante matiz, sobre el que volveremos más adelante, pues el dentista actúa casi siempre como “principal”, en el ámbito privado.

Ya hemos mencionado que la obligación del dentista es fundamentalmente de medios, salvo que se hubiera asegurado un resultado⁷⁸⁰ (como dice erróneamente la jurisprudencia, puesto que tal resultado no se puede asegurar en los servicios sanitarios); “en ambos casos el acto médico está sujeto a la normativa propia de una relación de la que derivan derechos y obligaciones para todas las partes implicadas en la prestación de los servicios de salud”⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ LUNA YERGA, Á., Y SALVADOR CODERECH, P., (Pról.), 2004, *op., cit.*, pp. 46-47. “En sede de responsabilidad por culpa, la conducta del dañante se examina, directa o indirectamente, bajo los parámetros que establece el art. 1104 CC, según el cual la culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. La culpa médica no es más que una aplicación específica de la culpa general. Así, el criterio de valoración que indica el grado de diligencia exigible y, por tanto, cuyo incumplimiento dará lugar al nacimiento de la responsabilidad civil bajo un estándar de responsabilidad por culpa, es la llamada *lex artis ad hoc*. La *lex artis ad hoc* o, simplemente, *lex artis*, hace referencia al cumplimiento de las prescripciones de la ciencia médica en el momento del desempeño de la actividad por los profesionales médico-sanitarios.”

⁷⁸⁰ *Vid.*, VAQUER ALOY, A., 2012b, *op., cit.*, p. 21. Hay una acepción correcta de la palabra “resultado”, tal y como lo entiende el autor. “El resultado al que se obliga el facultativo no es curar, pero sí que se obliga a diagnosticar o a tratar al paciente”. En este caso, si lo aplicamos a otras actividades que debe realizar el dentista, este se obliga contractualmente a ciertos resultados, como la confección de un Consentimiento informado válido o a dejar constancia del mismo en la Historia Clínica del mismo. Cuando no se dan estos resultados, se incumple el contrato, en mi opinión.

⁷⁸¹ SEIJAS QUINTANA, J. A., 2009, *op., cit.*, p. 10.

Nuestra opinión se funda en que lo primero que el dentista debe ofrecer al consumidor (sea paciente o cliente⁷⁸²) es actuar correctamente, es decir, dentro de la *lex artis* en el caso concreto. Para ello, debe tener en cuenta las normas deontológicas, en primer lugar y todas las normas que rigen su actividad; es decir, la Ley (ya sea el CC, o las Leyes específicas que conforman el cuerpo normativo de Derecho sanitario, que ya hemos ido desgranando, y cualquiera de las obligaciones inherentes a su actividad). “Así pues, si objetivamente la actividad del médico no puede calificarse de diagnóstico o de tratamiento, porque no se han aplicado las técnicas estandarizadas conforme a la *lex artis*, habrá incumplimiento, y, al no concurrir ninguna causa de exclusión de la responsabilidad –el caso fortuito o la fuerza mayor– el médico será responsable.”⁷⁸³. Es simple y llanamente una objetivización de la culpa, entendida esta como un estándar con el que comparar la actividad prestacional del deudor. Por lo que, desde este punto de vista, cobra máxima importancia lo que sea la *lex artis* en Odontología (Protocolos, Guías de Práctica clínica, o actuaciones inexcusables, dependiendo del procedimiento odontológico cuya actividad constituya el contrato). Es decir, todo lo que no sea actuar dentro de *lo correcto*, acarreará problemas de incumplimiento (es decir, “objetivamente, la falta de conformidad del servicio”⁷⁸⁴). La determinación de lo correcto serán los “resultados” exigibles. El primero, en mi opinión, desatender la obligación ética y legal de obtener un consentimiento informado.

La responsabilidad civil que nace del incumplimiento de esta concreta, ética y legal obligación del dentista, ha tenido ciertos vaivenes jurisprudenciales hasta una posición actual que ya avanzamos al inicio de esta investigación, con cita de Asúa González, por la que la ausencia del consentimiento (específicamente de la información) en las primeras resoluciones, no se indemnizaba “porque se entiende que el daño final habría acaecido igualmente” o se atribuye responsabilidad “por todo el daño final con consideraciones sobre la posibilidad de no sometimiento a la intervención”

⁷⁸² *Ídem*.

⁷⁸³ VAQUER ALOY, A., 2012b, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁸⁴ *Ídem*.

“imputación objetiva del daño, de asunción o traslado del riesgo” o “la incertidumbre sobre el sometimiento a la intervención”. La postura más reciente es entender la responsabilidad “por la lesión a la autonomía decisoria del paciente”⁷⁸⁵. Esta es la actual visión, y en mi opinión, más certera de la responsabilidad intrínseca *como daño contractual* que debería considerarse por la falta de consentimiento informado en cualquier procedimiento sanitario; independientemente de la cualificación de daños patrimoniales que se reclamen, o extrapatrimoniales, sean estos corporales, o morales.

El interés positivo del acreedor, es decir, la ficción o realidad jurídica de quedarse finalmente como si se hubiera cumplido el contrato, es la medida de la indemnización más coherente; y ello no puede excluir el daño moral (es decir, el daño a esos concretos bienes de la personalidad que son extrapatrimoniales, como el producido por la lesión de la autonomía decisoria, en primer lugar); porque la indemnización derivada del incumplimiento debe tener el alcance previsto en el artículo 1106 CC, idea que retomaremos en el capítulo siguiente.

En Odontología, Lizárraga Bonelli estima que “para poder determinar la responsabilidad del profesional sanitario es necesario demostrar que ha sido el causante de unos daños que se le imputan por una actuación negligente. Lo que determina que la responsabilidad médica tiene un carácter subjetivo, es decir, se fundamenta en la culpa”⁷⁸⁶. Cita la doctrina que indica los elementos configuradores de la responsabilidad civil: «una actuación u omisión antijurídica», la existencia de un «daño efectivo», que, como indica la jurisprudencia, debe ser «acreditado y, sobre todo, definitivo», y, por último, «el nexo de causalidad», a su juicio “trascendental en el enjuiciamiento”⁷⁸⁷; donde en el caso concreto, debe ser analizada la relación de causalidad.

⁷⁸⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2021, *op. cit.*, p. 455.

⁷⁸⁶ LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, p. 89-95.

⁷⁸⁷ *Ídem.*

Qué duda cabe que la prueba de la causalidad es uno de los retos que plantea la responsabilidad civil en Odontología, por las innumerables concausas que existen y la difícil tarea en que se torna la actividad probatoria. Como dice Lizárraga Bonelli, recogiendo una idea de GALÁN CORTÉS⁷⁸⁸, en ocasiones, basta una cierta probabilidad, un «grado suficiente de probabilidad»⁷⁸⁹ para declarar la responsabilidad civil del dentista, cosa que estudiaremos junto al daño y la pérdida de oportunidad.

No parece ser única del Derecho español esta situación, ya que en el derecho de daños anglosajón, como señala Santos Morón, “es frecuente que las obligaciones del médico” no sean de mayor amplitud que sus deberes “para evitar incurrir en el «tort of negligence»”⁷⁹⁰. Tanto en sede contractual como en extracontractual («tort») aplica el estándar de cuidado y competencia; al igual que en la propuesta del DCFR, en cuanto a la obligación de medios y de resultados, por lo que se supera dicha distinción, entendiendo que en la obligación de medios está implícito el resultado (o que los deberes contractuales incluyen los del ámbito extracontractual). Lo cual es bastante sensato: el resultado no deja de ser el objetivo del contrato, aunque la obligación contractual del dentista sea generalmente de medios (salvo que se desprenda otra cosa de la realidad fáctica, según afirma la jurisprudencia); de forma que, si el contrato resulta incumplido (o cumplido defectuosamente), habrá casi siempre un incumplimiento derivado, precisamente, de la falta en

⁷⁸⁸ Vid., GALÁN CORTÉS, J. C., 2007, *op. cit.*, Prólogo a su segunda edición del Magistrado la Sala Primera del Tribunal Supremo, Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MARÍN CASTÁN, referencia obligada en cualquier obra científica sobre responsabilidad sanitaria no solo en España, sino en el ámbito supranacional que ensalza, entre las muchas cualidades de este trabajo, un «análisis detallado de la doctrina del Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo, de los criterios de decisión de las Audiencias Provinciales y de las líneas seguidas por los Tribunales supranacionales y por los órganos jurisdiccionales superiores de otros países; exposición clara y precisa de las aportaciones de la doctrina científica; prudencia y equilibrio en las opiniones personales; y siempre, como característica tal vez más notable, una exhaustiva puesta al día que muestra bien a las claras el esfuerzo personal y el afán de perfeccionamiento del autor».

⁷⁸⁹ LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, p. 89-95.

⁷⁹⁰ SANTOS MORÓN, M. J., 2018, *op. cit.*, p. 5. Vid., CRESPO MORA, M. C., 2013, *op. cit.*, 56 pp. Vid., MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 54. La regulación general de los contratos de servicios la propuesta del derecho común europeo se refiere (artículo I: 1:101 PEL SC) los define como contratos en virtud de los cuales una parte, el proveedor del servicio, se obliga a prestar un servicio a la otra parte a cambio de una remuneración), y el designa a los contratantes como proveedor (prestador del servicio) y cliente (artículo IV. C. 1:101 DCFR).

el cumplimiento de los deberes del dentista: bien, sea falta de información sobre las alternativas, o riesgos del procedimiento; bien, la materialización de efectos adversos no advertidos previamente (todos ellos, con relación al consentimiento informado), o una manera poco diligente de realizar la prestación –e incompatible con la *lex artis*– y en la que se produzca un daño al consumidor/usuario.

Ya hemos advertido, y procede recordarlo ahora que, en el ámbito sanitario, creemos superada la distinción entre incumplimiento de obligaciones contractuales «de resultado» y «de medios», por el componente de aleatoriedad y variabilidad en el sujeto sobre el que se practica determinado procedimiento dental. Además, resulta intrascendente en cuanto a la carga probatoria: “(l)as normas sobre la carga de la prueba del art. 217 LEC se aplican uniformemente a las pretensiones de responsabilidad civil contractual y a las de responsabilidad civil extracontractual. Al respecto es irrelevante que la obligación médica, tanto en una como en otra clase de responsabilidad, haya sido previamente calificada como de medios o de resultado.”⁷⁹¹.

Aquí habría que dejar de lado la distinción, y centrarse en que un contrato de tratamiento odontológico integra el cumplimiento de la obligación fundamental del deudor (y de todos los demás profesionales que dependientes o no, intervengan en la prestación de hacer) de atenerse a la *lex artis*.

El incumplimiento, insistimos, vendrá bien de un defecto en la información precontractual (léase en la información previa al consentimiento informado), un defecto de información específico sobre alternativas o riesgos (en el propio consentimiento informado); o bien, un defecto en el desempeño profesional que implique negligencia del profesional (impericia⁷⁹², imprudencia, o falta de diligencia en el caso concreto); o finalmente, que alguno de los riesgos no informados se materialice en un daño concreto

⁷⁹¹ Cfr., LUNA YERGA, Á., SALVADOR CODERECH, P., (Pról.), 2004, *op., cit.*, p. 565.

⁷⁹² Vid., YZQUIERDO TOLSADA, M., 1989, *op., cit.*, p. 286. La «falta de pericia» consiste en “una inicial ineptitud para una concreta obligación”.

(dejando al margen, la posible incursión en una pérdida de oportunidad o bien que el resultado dañoso sea claramente desproporcionado).

Pero, esto no es así de claro en nuestros tribunales, que entremezclan todo tipo de normativas trasvasando las pensadas para responsabilidad extracontractual hacia la sede contractual y viceversa, siendo regímenes que, si se pensaron así en el Código, no deberían confundirse. Puede existir una relación contractual entre el dentista y el consumidor; o no «bien porque la relación contractual la tenga el paciente con un centro sanitario, o bien con una compañía de seguros sanitarios». Entonces, según García Garnica, “al encontrarnos ante una obligación de medios corre a cargo del demandante la prueba del daño, de la culpa y del nexo causal. Pero, mientras que, para el primer supuesto, la responsabilidad será contractual y se regirá por lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, en los otros dos, su responsabilidad será extracontractual y se regirá por lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil”⁷⁹³.

Otra de las peculiaridades de la responsabilidad civil del dentista es la concurrencia de regímenes –no ya contractual y extracontractual, sino el régimen de protección que, en cuanto consumidores, que, de forma complementaria a lo anterior, procura el Ordenamiento al usuario– el *ius variandi* del dañado a la hora de accionar, y, sobre todo, cuando interviene una aseguradora de servicios de salud.

Se colige de todo lo anterior que el ejercicio de forma dependiente en el sector privado, en el que un dentista despliegue su prestación hacia a un cliente de forma incompatible con la diligencia debida, se debería articular la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento (de la misma forma que si el cliente no paga, el deudor de la prestación y acreedor del pago, recurriría

⁷⁹³ GARCÍA GARNICA, M. C., 2010, *op. cit.*, pp. 58 y ss. No compartimos esta segunda parte de la afirmación: habrá responsabilidad contractual en todo caso, puesto que el cliente tendrá un contrato con la aseguradora o con la clínica de la que depende el dentista. Accionará (o debería accionar) en virtud de un incumplimiento contractual, y la legitimación pasiva la tendrá bien el centro sanitario o bien la aseguradora de la que dependa. De la misma forma que si el cliente no pagara su prestación (prima de seguro, o precio a la clínica dental), éstos no dudarían en acudir a ejercitar los remedios frente al incumplimiento que se encuentran en sede de responsabilidad contractual y nunca, en la de responsabilidad extracontractual, en mi opinión.

sin dudarle, al artículo 1101 CC), aunque frecuentemente en la práctica, la responsabilidad se articula –por aplicación del artículo 1903 (4) CC, por hecho ajeno–, frente al titular del centro sanitario (o de la aseguradora sanitaria de la que depende, si es el caso), sin perjuicio del derecho de repetición que tendrá sobre el productor del daño (ex artículo 1904 CC); y siempre dependiendo de cómo y con quién haya celebrado el contrato el destinatario de la prestación dental.

B) La responsabilidad por hecho ajeno en el contrato de suministro de asistencia dental conexo al contrato de tratamiento odontológico.

Debemos pedir un poco de paciencia en la lectura de este apartado: pues no es corriente la visión del contrato de tratamiento odontológico, en su conexión con otros contratos tendentes a satisfacer el interés del acreedor. Mucho menos deslindar responsabilidades, cuando existe unicidad funcional en dicha conexión. Pensemos, como cuando analizamos el contrato, en el capítulo anterior, que tenemos un cliente, acreedor de una prestación (fundamentalmente, una obligación de hacer) y un deudor de una actividad (el dentista); pero, para poder realizar tal prestación, el deudor principal se rodea de innumerables contratos conexos: bien de financiación (crédito al consumo), o bien, se conciertan por parte del principal contratos de suministro de bienes y servicios dentales con otros profesionales, dependientes o no, y/o con otras personas (jurídicas, con las que tiene vínculos externos y que pueden, o no, ser solidariamente responsables de la frustración del contrato principal).

El acreedor ni sabe, ni le importa, qué contratos conexos existan, salvo por un detalle: si ve frustrado el interés positivo contractual (y pese a que lo lógico es que actúe contra la contraparte), puede construir su reclamación de tal interés de muy diferentes formas, puesto que como consumidor está amparado por el Ordenamiento. Recordemos que al acreedor le interesa cobrar su crédito (y le interesa actuar contra quien ocupe una posición más solvente, a la par que más fácil y rápida de ejercitar...), pero no nos podemos olvidar que tenemos un contrato (todo lo atípico que queramos, pero un contrato).

Pero la ni los tribunales, ni la doctrina es clara en este sentido: Albadalejo analiza la responsabilidad directa por actos ajenos, donde “quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó”, es decir, al responsable de la producción del daño; recordando que el perjudicado dispone de un *ius variandi*: puede exigir la responsabilidad al causante del daño o bien al que deba responder por éste⁷⁹⁴. Con un mejor criterio, Roca Sastre sostiene que, en realidad, “no se trata de una culpa por la producción del daño, sino que se basa en la presunción de concurrencia de alguna de las formas de culpa” (*in eligendo*, o *in vigilando*)⁷⁹⁵. Los casos de responsabilidad por hecho ajeno funcionan como responsabilidad directa, de modo que el perjudicado debe demandar directamente a quien la ley atribuye la obligación de resarcir, aunque no haya cometido el hecho dañoso, sin necesidad de hacerlo al mismo tiempo al auténtico causante del daño”⁷⁹⁶, pero encontramos que además, el cliente actúa también contra el causante material del daño, con base en el artículo 1902 CC.

Albadalejo, concluye que “la responsabilidad por hechos ajenos cesará cuando la persona responsable pruebe que empleó tod(a) la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”⁷⁹⁷, con mención del artículo 1903 CC y cita del artículo 1.1.5º del vigente entonces *Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre*. (En estos supuestos de exigencia de responsabilidad al dentista por hecho ajeno, es igualmente posible su enervación con base en

⁷⁹⁴ ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L., Madrid, 2011, pp. 947 y ss., Explica el autor sobre la regla del artículo 1903 CC «aunque el texto legal diga `dueños o directores`, se refiere a la empresa o entidad titular que da empleo a quien cause el daño».

⁷⁹⁵ ROCA SASTRE, E., 2001, *op., cit.*, p. 147. En el mismo sentido, *Vid.*, GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Reus, Madrid, 2012, pp. 31 y 75. Quien aclara que, en caso de ejercer el empresario la acción de repetición, por la vía del 1904 CC, “lo que se pretende y persigue es el principio *pro damnato*, de indemnizar en cualquier caso a la víctima. Por ello, frente al perjudicado responderá tanto el empresario como el trabajador, ambos por culpa. Y en las relaciones internas el único responsable será quien causó el daño directa y materialmente. Así, será el empresario y no la víctima o perjudicado quien soporte el riesgo de la posible insolvencia del dependiente”.

⁷⁹⁶ ROCA SASTRE, E., 2001, *op., cit.*, p. 148.

⁷⁹⁷ ALBADALEJO, M., 2011, *op., cit.*, pp. 947 y ss. Explica el autor sobre la regla del artículo 1903 CC «aunque el texto legal diga `dueños o directores`, se refiere a la empresa o entidad titular que da empleo a quien cause el daño».

el principio de la confianza en el equipo, o bien, de la prueba de la diligencia a la que alude Albadalejo, sustentada en el art. 1903 CC *in fine*). Por tanto, la responsabilidad del empresario es subjetiva. Gázquez Serrano opina que se trata de una responsabilidad directa y no subsidiaria, que “se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos”⁷⁹⁸. Sin embargo, en opinión de Atienza Navarro: “el empresario sólo debería responder cuando su actuación negligente hubiera contribuido a la causación del daño por el dependiente”; aunque defiende la doctrina de la “teoría del riesgo empresarial”, en la que el que obtiene el beneficio con la explotación comercial, “el empresario” deudor principal de la prestación de hacer sería quien debería responder. Para ello, se requieren una serie de requisitos: relación de dependencia, la causación del daño con ocasión de la actividad funcional del dependiente, la culpa del dependiente (no del todo pacífica, explica la autora)⁷⁹⁹.

Volvamos a la situación inicial. Sentado que al profesional sanitario se le exige una obligación de medios, esencialmente de carácter «infungible» como hemos señalado, “éste se puede valer en el cumplimiento de su cometido de terceros auxiliares, de modo que si su actuación causa daños, responderá aquél como deudor principal, salvo que la infracción de la obligación se haya producido por caso fortuito de su auxiliar” y de los que provoquen los subauxiliares⁸⁰⁰ porque el contrato de tratamiento odontológico requiere, casi siempre, la intervención de otros profesionales, dependientes o no del dentista; que a veces, formarán parte de dicho contrato y, no en otras, como en el caso

⁷⁹⁸ Vid., GÁZQUEZ SERRANO, L., *op. cit.*, 2012, p. 31. Con cita de la STS de 26 de octubre de 1984 (Sala 1ª), “donde se declara que la responsabilidad del empresario es de naturaleza autónoma, distinta de la que el artículo 1902 atribuye al autor material del daño”.

⁷⁹⁹ ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil (II), Capítulo 30*, en DE VERDA Y BEAMONDE, J. R., (COORD.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)* 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021b, p. 632.

⁸⁰⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, p. 242, *in fine*.

de los ya mencionados “contratos conexos”⁸⁰¹, cuando el paciente no conoce su existencia *ex ante*, en los que el principal en ocasiones asume la responsabilidad por hechos ajenos, precisamente por la conexión entre contratos y el poder de decisión que tiene el dentista –deudor principal– en cuanto a la elección del colaborador no dependiente. Cosa diferente es la responsabilidad por los dependientes: esto se ha venido a denominar, como hemos mencionado «responsabilidad vicaria»; en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Palma de Mallorca núm. 823/2001, de 14 de diciembre de 2001 (Sala de lo Civil), estima parcialmente, minorado la indemnización original únicamente, la apelación presentada contra la Sentencia del Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Eivissa; en fecha 22 de enero de 2001, en la que se condenaba a un dentista al pago de determinada indemnización a una paciente por una mala praxis; sin entrar a valorar la responsabilidad por los actos cometidos por su Higienista “pues la misma no es parte en esta litis, y en todo caso el demandado respondería conforme al artículo 1903 del Código Civil de una eventual negligencia de la misma como empleada”). Esta sentencia es importante, porque en este caso concreto, la responsabilidad civil se impone al dentista y no al colaborador dependiente, la Higienista.

Otro supuesto completamente diferente lo constituye el caso de la responsabilidad de los otros profesionales sin relación de dependencia con el dentista, que entran en conexión con el contrato entre el dentista y la contraparte, el paciente, destinatario de los procedimientos dentales. Por ejemplo, el Protésico dental; cuyos productos sanitarios resultan imprescindibles para cumplir el contrato entre el dentista y el paciente. Vázquez Barros opina que la doctrina jurisprudencial trata de aproximar la obligación que tiene el Protésico dental, a la de resultado; bien porque el resultado de una prótesis dental puede predecirse con una alta probabilidad de “sólo relativamente incierto” o bien porque se exige del protésico una diligencia en la actividad a través del control de los defectos de la misma, en

⁸⁰¹ *Cfr.*, MOMBERG URIBE, R., y PIZARRO WILSON, C., “Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos”, *Ius et Praxis*, online, 2021, vol. 27, n.2, pp. 156-174. (<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200156>).

el sentido que ordena el artículo 1104 CC y el estándar de la diligencia del buen padre de familia⁸⁰². Sin embargo, nada impide reconvertir de nuevo en una culpa *in eligendo* o *in vigilando* la reclamación del paciente frente al dentista por un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato debido a una prótesis deficiente, que a todas luces es responsabilidad del técnico de laboratorio, que además es uno más de los otros profesionales (sanitarios) que participan en las actuaciones asistenciales, con sus funciones legalmente establecidas en la fabricación de Prótesis dentales y que se vincula mercantilmente con el deudor principal del contrato de tratamiento odontológico mediante contrato conexo con unicidad funcional con el contrato de tratamiento odontológico.

Evidentemente, en estos casos, el paciente podría actuar contra el deudor principal de la prestación contratada, el dentista (*ex* artículo 1903⁸⁰³ CC); y será éste quien tratará de hacer caer la responsabilidad en el protésico dental (sin éxito, me temo, puesto que el dentista es el responsable de la correcta colocación en boca de la prótesis y tiene un especial deber de cuidado sobre los productos farmacéuticos que emplea en su ejercicio profesional). Lo cierto es que, generalmente, el usuario reclamará el cumplimiento del contrato frente a la *contraparte* del contrato de tratamiento odontológico, quien estará obligado a responder; sin perjuicio que luego pueda repetir frente al colaborador mercantil no dependiente, protésico dental, (vía artículo 1904 CC) y cuyo resultado será incierto, puesto que el dentista tiene la obligación de revisar los posibles defectos de la prótesis suministradas, ya que es responsable de su colocación, como acabamos de expresar.

Mención aparte están los otros profesionales “colaboradores” y “especialistas”, sin relación de dependencia con el dentista y que entran a formar parte del contrato⁸⁰⁴ de tratamiento odontológico, traídos al mismo sin

⁸⁰² VÁZQUEZ BARROS, S., 2009, *op. cit.*, pp. 185-187.

⁸⁰³ ROCA SASTRE, E., 2001, *op., cit.*, p. 148. Señala que “en el supuesto de responsabilidad del empresario [...] existe una contradicción entre la imposición de responsabilidad por culpa propia y la posibilidad de repetir contra el causante del daño, establecida en el art. 1904 CC.”.

⁸⁰⁴ *Cfr.*, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op., cit.*, pp. 659-661. Afirma el autor que el artículo 1257 CC «consagra el principio básico de obligaciones contractuales. Como éstas nacen del consentimiento, no

que exista relación directa contractual con el destinatario de sus servicios, acreedor de la prestación de hacer. Pero, incluso siendo el especialista externo e independiente, con su propia responsabilidad individual –ex artículo 1902 CC–, el centro sanitario «clínica dental» o el dentista que reclama la intervención de un tercero, seguirá siendo junto con él, no solo responsable contractualmente –ex artículo 1101 CC– del cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato con el destinatario de los procedimientos (es decir, el acreedor de la indiscutible prestación de hacer del dentista); sino de la indemnización de los daños producidos por estos colaboradores independientes (mediando falta de diligencia), sin perjuicio del derecho de repetición que tenga el centro o el dentista que fuera parte del contrato, sobre el causante directo del daño (colaborador independiente), vinculado por conexión «contractual» con el destinatario del procedimiento dental. En definitiva, el usuario exigirá responsabilidad contractual al dentista con quien contrató un determinado procedimiento, siéndole indiferente que exista un contrato conexo, o que el daño lo haya provocado un tercero dependiente del principal.

Todo este complejo e interrelacionado universo relacional hace tan frecuente que, en la práctica, en el ámbito sanitario en general, y en el odontoestomatológico en particular, exista la posibilidad de accionar contractualmente y extracontractualmente (frente al productor directo del daño) por un mismo hecho dañoso.

La referencia europea, en la propuesta en los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil en sede extracontractual (PETLs)

puede obligarse por contrato quien no consintió al mismo y devino parte de la relación negocial por su voluntad». Por otra parte, dicho artículo no define el concepto de partes del contrato. Sobre este extremo, sostiene el autor –de forma algo contradictoria con lo anterior– que, “es parte quien consiente el contrato y deviene titular de las posiciones jurídicas activas (crédito) y pasivas (deuda) que del contrato derivan”. Aunque reconoce que, “(n)o siempre es evidente la cosa”, con múltiples ejemplos al respecto, en nuestra opinión, las partes del contrato de tratamiento odontológico son quien recibe dicho tratamiento (y es acreedor de la prestación de hacer) y la contraparte, que se compromete a realizarla (deudor principal); por sí, o a través de otros; por lo que, desde este punto de vista, los colaboradores del dentista no podrían llegar a considerarse parte del contrato, pues no intervinieron en la actividad negocial, incluso, aunque su existencia e intervención fueran conocidas por el acreedor/paciente. Sin embargo, la conexión del contrato principal de tratamiento odontológico con el contrato mercantil conexo de suministro de asistencia dental, y la unidad funcional de ambos puede abrir la posibilidad de accionar responsabilidad frente a terceros quienes no son parte formal del contrato de tratamiento dental.

—artículo 1:101⁸⁰⁵, que Martín-Casals denomina la «norma fundamental» de los PETL—, explica, por el contrario, que la responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares sigue un régimen de responsabilidad vicaria que prescinde de la culpa del empresario o principal⁸⁰⁶; donde el principal asume los daños causados por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones; a diferencia del «contratista independiente», por quienes éste no debería responder⁸⁰⁷. (Es decir, sin mencionarlos, se está refiriendo a los “contratos conexos” que estudiara López Frías⁸⁰⁸ y que tanto juego dan en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable).

La existencia de un seguro de responsabilidad civil, como expusimos en la introducción, es obligatoria para el ejercicio privado de la profesión dental y ante una eventual sentencia desfavorable al facultativo (o al Centro Sanitario, en su caso) con obligación de indemnizar al perjudicado, la aseguradora correspondiente será quien abone dicha indemnización, sin perjuicio de una eventual acción de repetición⁸⁰⁹ frente al condenado. Eso, si no ejerce la acción directa que el artículo 76 LCS otorga al acreedor frente a la aseguradora de RC.

⁸⁰⁵ Artículo 1:101 PETLs” (1) La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona en tres casos: a) cuya conducta culposa lo haya causado, o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado, o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones”.

⁸⁰⁶ MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”, *InDret*, 2/2005. (www.indret.com).

⁸⁰⁷ N.B. Sin embargo, en Odontología, sí responde el dentista por los daños ocasionados por el “especialista” externo-contratista independiente, precisamente porque dentro del contrato de tratamiento odontológico, son partes exclusivamente el dentista deudor de la prestación y el paciente (acreedor de la prestación de hacer). Sin perjuicio de las acciones que el perjudicado pueda emprender contra el responsable directo del daño.

⁸⁰⁸ LÓPEZ FRÍAS, A., 1994, *op. cit.*, p. 273. *Cfr.*, MOMBERG URIBE, R. y PIZARRO WILSON, C. 2021, *op. cit.*, pp. 156-174.

⁸⁰⁹ *Cfr.*, MONTERROSO CASADO, E., 2019, *op. cit.*, p. 469. Dice expresamente: «(l)a aseguradora condenada solidariamente al resarcimiento de los daños a la víctima, en virtud del artículo 1903 del Código civil, puede ejercitar una acción de repetición, fundamentada en el artículo 1904 del Código civil, frente al facultativo (pago que, en último término, será abonado por la aseguradora que cubra su responsabilidad civil). Bajo esta premisa, esta solución resulta más acertada que entablar una acción de regreso por la vía del artículo 1145 del Código civil.».

3.3. La seguridad jurídica tensionada en la práctica judicial

En el ámbito médico, por la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, la vida y la integridad del paciente, se ha alcanzado un nivel de exigencia de responsabilidad elevado y “por su propia naturaleza, la actuación médica, y en particular la quirúrgica, puede lesionar la integridad física del paciente, aunque dicha lesión se produzca con fines curativos. Esto impone analizar en qué supuestos el paciente ha de asumir los daños y secuelas que pueda padecer a resultas de un acto médico, y en qué supuestos tales daños determinarán el surgimiento de responsabilidad civil”⁸¹⁰.

Este ámbito es muy complejo, en el que, a salvo de tecnicismos de civilistas, ¿qué más da si se admite un consentimiento verbal *contra legem*, cuando se requería legalmente un consentimiento escrito, porque el juzgador llega al convencimiento íntimo de que efectivamente se ha informado al paciente? ¿Qué más da si hay una aseguradora que va a pagar y el mecanismo de imputación de la responsabilidad se manipula hacia el seguro RC como imputación? ¿Qué más da si no se puede probar la causalidad, si el juzgador llega al convencimiento de que la cosa habla por sí misma (y el profesional no puede o no sabe probar su diligencia), en lo que se ha llegado a denominar “culpa presunta”⁸¹¹? Todo esto es una barbaridad jurídica, en mi opinión (en la que no estoy solo, creo)⁸¹². Los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual tienen sus propias reglas (que no deberían trasvasarse libremente de una sede a la otra).

La responsabilidad civil contractual que nace del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales –tal y como prevé

⁸¹⁰ GARCÍA GARNICA, M. C., *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 11.

⁸¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 267.

⁸¹² Por todos, *Vid.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1988, *op., cit.*, pp. 221 y ss. Apunta la autora que resulta «más acertado aplicar reglas de responsabilidad contractual siempre que exista contrato y el daño se haya causado dentro del mismo»; pero señalando que existe un amplio elenco de opiniones doctrinales acerca de la «necesidad y positiva» «unificación o teoría general de la responsabilidad».

el artículo 1101 CC, en relación a los artículos 1089 a 1091 junto con las establecidas en el artículo 1258 CC y que analizamos ampliamente en el capítulo anterior— alcanza la indemnización del daño producido por ese incumplimiento contractual, como se señala en los artículos 1106 CC y 1124 CC (entre otros); mientras que la responsabilidad civil extracontractual nace directamente del daño, por actos u omisiones en los que intervenga culpa o negligencia de su productor (artículo 1902 CC, en concordancia con el artículo 1089 CC), en las que se exige la obligación de indemnizar; donde la responsabilidad surge no de un incumplimiento de una obligación concreta, sino —como decimos— del daño producido, interviniendo culpa o negligencia; cuando se pueda probar la relación causal entre el daño y su causa imputable a la negligencia o culpa del productor del daño (responsabilidad subjetiva del artículo 1902 CC). Se exige para ello una doble imputación: una previa imputación objetiva del daño a una causa y que ésta sea producida por un sujeto a quien se la pueda imputar. Es decir, ante la producción de un daño, sólo surge la obligación de indemnizar cuando dicho daño es imputable objetivamente a una causa y dicha causa es imputable subjetivamente (nexo causal) a un sujeto cuya acción resulta antijurídica, en ausencia de una causa de justificación o exoneración del productor del daño (por ejemplo, culpa exclusiva de la víctima).

En el ámbito contractual, Yzquierdo Tolsada parte de la base de que “para que exista responsabilidad civil contractual es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima, y que el daño resulte de su incumplimiento”⁸¹³. Ahora bien, cuando analiza este último requisito, se detiene en las llamadas obligaciones de seguridad⁸¹⁴ “desenvolver los deberes de prestación dentro de un clima de *fair play* o proceder leal” en las actividades profesionales, donde, evidentemente, el contenido del contrato “va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes”.

⁸¹³ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 113.

⁸¹⁴ *Ibid.*, pp. 129 y ss.

Otro de los factores que genera confusión en cuanto al régimen de la responsabilidad sanitaria es, como hemos sostenido, la falta de tipicidad en el contrato que une al dentista con el destinatario de sus procedimientos. Díez-Picazo⁸¹⁵ señala dos problemas fundamentales de la atipicidad contractual: el problema de admisibilidad y de validez “dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz y por consiguiente dispone de la protección del ordenamiento jurídico” (que, creemos solventado por la tipicidad social que tiene el contrato de tratamiento dental) y el problema de la disciplina normativa; es decir, “la disciplina a la que tales contratos deben estar sometidos”.

Este es el quid de la cuestión: el régimen de la responsabilidad va – o debería ir– de la mano del reto que constituye la tipificación contractual de la atención dental; que como hemos explicado en el capítulo anterior, no es sencillo porque en la práctica: la Odontología en ocasiones será asistencial y otras, satisfactiva; por lo que el mismo procedimiento dental podrá generar diferentes obligaciones.

Como menciona Ataz López, otro de los aspectos que complica el estudio del régimen de responsabilidad sanitaria es la “complejidad” que tiene la medicina, cuando intervienen una pluralidad de agentes (auxiliares, médicos, etc.) y las relaciones cruzadas que acontecen en la práctica⁸¹⁶.

En Odontología, la naturaleza piramidal de la relación entre el dentista y el destinatario de los servicios de asistencia dental, así como los otros contratos (con la intervención de terceros, dependientes o no del dentista) que tienen una unidicidad funcional en cuanto al fin económico que plantea esta relación y nos da una idea de la inmensa complejidad tipológica contractual y de la inseguridad jurídica que ello provoca: frecuentemente, el contrato con el usuario requiere de la intervención de otros profesionales, dependientes o no del dentista; que a veces, formarán parte de dicho contrato, pero no en otras,

⁸¹⁵ Díez-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, pp. 489-491.

⁸¹⁶ ATAZ LÓPEZ, J., 1985, *op. cit.*, p. 350.

como en el caso de los ya mencionados “contratos conexos”⁸¹⁷. La clave estará en la dependencia del principal. Será entonces cuando podrá pensarse en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* del 1903 CC.

En este *totum revolutum* se alza la legislación de consumo y la garantía que el Ordenamiento (que no los jueces) dan al consumidor que sufre un daño para ser resarcido, complementando el régimen jurídico de responsabilidad con lo establecido legalmente en torno a la actividad sanitaria (ex art. 148 TRLGDCU).

Básicamente estamos de acuerdo en la delimitación contractual y la naturaleza jurídica de la obligación de medios que tienen los profesionales sanitarios. También, con la necesidad de una mayor o mejor regulación del criterio de la “disponibilidad y facilidad probatoria” en la inversión de la carga de la prueba que propugna Monterroso y la necesaria delimitación operacional⁸¹⁸ de la responsabilidad contractual frente a la extracontractual, puesto que la teoría de unidad de culpa civil lleva inexorablemente a una inseguridad jurídica⁸¹⁹.

Nos interesan claramente las referencias que realiza a la supeditación de la regulación de consumo (LGDCU) a la “conurrencia ineludible de culpa o negligencia de la establecida en los artículos 1101 y 1902 CC”⁸²⁰ y la necesidad de establecer un criterio objetivo en cuanto a la responsabilidad del centro sanitario por hechos del médico que trabaja en dicho centro, que destierre las diversas interpretaciones judiciales del nivel de diligencia exigible por el riesgo creado, caso por caso...

Estas disquisiciones concuerdan básicamente con nuestra investigación. Pero, insistimos, la regulación de un derecho de daños sanitarios (o del derecho de los daños como consecuencia de la actividad sanitaria) ni es

⁸¹⁷ *Cfr.*, MOMBERG URIBE, R., y PIZARRO WILSON, C., *op. cit.*, pp. 156-174.

⁸¹⁸ MONTERROSO CASADO, E., 2018, *op. cit.*, p. 103.

⁸¹⁹ *Vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, pp. 138 y ss

⁸²⁰ MONTERROSO CASADO, E., 2018, *op. cit.*, pp. 104-105,

sencillo, ni es posible en la práctica: mientras tanto, debemos saber aplicar las normas de las que disponemos, sin permitir disfunciones jurídicas que mezclen presupuestos de un determinado régimen con los de otro diferente de responsabilidad civil; siendo conscientes que en todo caso, el paciente es usuario y debería gozar de la protección que le ofrece el TRLGDCU (que, además, no excluye la aplicación de otros remedios reparadores, sino que los complementa).

Los tribunales son reacios a aplicar la legislación de consumidores y usuarios en casos de responsabilidad médica⁸²¹. Así, la STS de 28 de junio de 2013 desestima un recurso de casación y reitera la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que no es aplicable la legislación de los consumidores y usuarios: “la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”⁸²², con cita de las SSTs de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de abril de 2007, 4 de marzo 2013.

En este punto, traemos a consideración la opinión de Lizárraga Boneli en línea con lo argumentado por GALÁN CORTÉS, acerca de que la única forma de coherencia la doctrina jurisprudencial sobre la inaplicabilidad del régimen de consumidores a la actividad sanitaria, es distinguir “entre la responsabilidad de un médico como profesional que realiza una actividad científica y lo que es la responsabilidad del centro sanitario en el que desarrolla su labor”⁸²³. Porque cuando el dentista es un profesional de ejercicio privado, claramente, en la persona natural del dentista coincide habitualmente la condición de “empresario” y su actuación científica no se puede separar de su actuación como titular del centro sanitario donde realiza su labor...

⁸²¹ *Cfr.*, STS núm. 89/2017 de 15 febrero (ya referenciada).

⁸²² *Cfr.*, STS núm. 463/2013 de 28 de junio (ya referenciada).

⁸²³ LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op.*, *cit.*, p. 395.

En nuestra opinión, que concuerda básicamente con expresada por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, recogida por Pérez Conesa, nada hay que impida (salvo los tribunales) la aplicabilidad del artículo 148 TRLGDCU en la responsabilidad de los servicios sanitarios, –en nuestro caso, la exigencia de responsabilidad a los dentistas–, aplicando la legislación de consumo en los actos médicos. Una responsabilidad objetiva que “obligaría también a abandonar la tradicional distinción entre obligaciones de medios y de resultado en este campo de la sanidad... Cuestionar esas categorías dogmáticas podría poner de relieve hasta qué punto encubren realidades más complejas, cuyo tratamiento jurídico correcto debería pasar por prescindir de ellas, al recoger una clasificación excesivamente simplista”⁸²⁴. Distinción que es irrelevante (y artificiosa) porque la variabilidad biológica impide en el contrato de tratamiento médico o dental asegurar ningún resultado y siempre habrá una obligación de medios.

Sí que debe quedar claro que el contrato de tratamiento odontológico tiene causa en un pago por una mera actividad prestacional (esencia y función económica del negocio), en el que el acreedor de la prestación diligente paga al deudor para que realice la actividad indiscutiblemente diligente. En caso de prestación incumplida o defectuosa, no diligente, el acreedor podrá acudir a los remedios frente al incumplimiento que el Ordenamiento le otorga. Depende de la configuración subjetiva del contrato la vía por la cual accionará; pero existiendo una normativa de consumo, no se entiende muy bien por qué casi nunca se aplica, porque el cliente es consumidor y el prestador de servicios, una empresa.

⁸²⁴ *Cfr.*, PÉREZ CONESA, C., 2021, *op. cit.*, p. 1067. La cita textual, en nota a pie de página, es «Responsabilidad médica». *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. III, 1996, BIB 1996, 1044.».

CAPÍTULO IV. EL DAÑO

Como hemos visto en el capítulo anterior, surge una responsabilidad legal, como mandato o consecuencia jurídica de unos hechos que puedan subsumirse en los supuestos de hecho correspondientes de determinada norma jurídica (ya sea en el ámbito Penal, Contencioso-administrativo, o bien en el ámbito Civil, sea en sede de responsabilidad civil «contractual» o «extracontractual» u otra; o bien dimanante de la protección de «consumidores y usuarios» que propugna nuestro Ordenamiento).

Pero, hay que tener en cuenta que, sin la existencia de un daño, no surge la obligación de «reparar», como veremos en el capítulo siguiente; pues para indemnizar debe existir un daño.

Ya hemos afirmado que, en el Derecho de los contratos, la reparación ante un incumplimiento, fundamentalmente alcanza al daño emergente y el lucro cesante, a tenor de lo previsto en el artículo 1106 CC; proscribiéndose un enriquecimiento injusto (tanto del acreedor de la prestación incumplida, directamente; como del deudor incumplidor, indirectamente). En efecto, de antiguo, Puig Peña sostenía que el daño propiamente causado y la ganancia frustrada eran, propiamente dicho, el «contenido de la prestación de daños y perjuicios»⁸²⁵. En cuanto al «daño causado», decía “se entiende por daño el mal producido en las personas o en las cosas a consecuencia de una acción que recae sobre ellas” y este se puede observar desde un punto de vista objetivo o subjetivo (desde el punto de vista del interés del perjudicado o teoría de la diferencia), el *pretium singulare*. Porque las cosas objeto del daño no se encuentran aisladas, sino “conectadas con otras dentro del patrimonio; por lo que el menoscabo sufrido en ella repercute, o puede repercutir sobre las demás”⁸²⁶.

⁸²⁵ PUIG PEÑA, F., *Daños y perjuicios*, en MASCAREÑAS, C. E., (Dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. VI, F. Seix, Barcelona, 1954, p. 217.

⁸²⁶ *Ídem*.

Este capítulo responde al objetivo de analizar el daño producido como resultado no esperado, o a consecuencia de una mala praxis dental, es decir, aquellos daños y perjuicios indemnizables que surgen como consecuencia de acciones u omisiones del deudor que impliquen responsabilidad sanitaria, en la cadena de servicios dentales⁸²⁷. Más concretamente, aquellos daños que surgen cuando se incumplen de forma definitiva las obligaciones contractuales que tiene el dentista deudor frente al paciente, en el especialísimo contrato de tratamiento odontológico.

En primer lugar, habrá que tener en cuenta que el consentimiento informado, exigencia ética y legal y derecho fundamental, considerado como derecho humano, posee un carácter conformador del contrato de tratamiento odontológico; es decir, mediante el consentimiento informado se configura a quién se transfiere el riesgo por daños asociados a la ejecución del contrato.

En segundo lugar, existe la siguiente implicación legal: si el consentimiento informado carece de validez, o no existe, o es insuficiente, ya se está incumplido *ab initio* el contrato, pues el deudor no habrá obrado diligentemente. En consecuencia, ¿deberá este indemnizar por todo el daño producido?

En tercer lugar, y en relación al daño corporal producido durante la ejecución, casi siempre defectuosa, del contrato de tratamiento odontológico, avanzo mi opinión: el interés positivo, medida del daño contractual por incumplimiento, debería ser compatible con una indemnización que deje al acreedor en la misma posición jurídica (y patrimonial) que estaba antes de la producción del daño (antes de que aconteciera la acción u omisión, acto jurídico productor del daño), con prohibición de enriquecimiento injusto (no tanto por el Ordenamiento –que también–, sino por mera lógica aritmética de

⁸²⁷ N.B. Concretamente, el «objetivo cuarto» de nuestro Plan de Investigación. A estas alturas, ya podemos afirmar con rotundidad que el daño es el presupuesto necesario de la responsabilidad civil en cuanto a la necesidad de su existencia, su indemnización, requiriendo su certeza y cuantificación (más o menos variables, pero imprescindible a la hora de ejercitar una acción de indemnización). Las obligaciones que nacen del contrato de tratamiento odontológico –el cual se perfecciona por el propio Consentimiento informado, deontológico y legalmente exigido– por mor del artículo 1089 CC, implica una agresión tolerada al bien jurídico protegido integridad física y moral, dando como resultado, en ocasiones, la aparición de un daño indemnizable.

justicia: lo que quito a uno se lo doy a otro y solo si es este uno quien debe responder de la pérdida sufrida por este otro). Lo que en palabras de Roca Trías es “lo que más temen los especialistas en Derecho de daños, la sobreindemnización”⁸²⁸ del acreedor.

4.1. El daño

Como podemos atisbar –al igual que lo que ocurre con el concepto de responsabilidad–, no resulta fácil concretar el concepto de daño, precisamente por la polisemia que también engloba al término. La palabra «daño» tiene su origen del latín *damnum*⁸²⁹ y se define en el Diccionario de la RAE⁸³⁰, en su primera acepción como “el efecto de dañar”; es decir, “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Clásicamente, De Cupis decía que “daño no significa más que perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”⁸³¹; cosa que no aclara lo que por daño debemos entender; pues no deslinda perjuicio de daño.

Roca Trías afirma que el daño podría definirse, sucintamente, como “la lesión o menoscabo de un interés jurídicamente relevante”⁸³². Santos Briz

⁸²⁸ ROCA TRÍAS, E., “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño, *ADC*, 2004, Vol. 57, núm. 3, pp. 901-928.

⁸²⁹ *Vid.*, ampliamente, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., 2021, *op. cit.*, p. 61. Según este autor, el término «*damnum*», concepto capital de la regulación aquiliana, significaba “toda lesión en el patrimonio de un hombre libre” incluyendo las lesiones causadas a los esclavos (patrimonio) y –por extensión– mediante la acción *utilis*, las causadas por negligencia a *alieni iuris*. Ya que las lesiones dolosas causadas a «hombres libres» se castigaban en el Derecho romano por la *Lex Cornelia de iniuriis*. Para una mayor profundidad en cuanto al daño “aquiliano”, entendido como ilícito productivo de una *obligatio* y *delictum* del *ius civile*, base de la actual responsabilidad extracontractual, *Cfr.*, VALDITARA, G., *Damnum iniuria datum*, G. Giappichelli, Torino, 1996, pp. 4 y ss. La importancia del término *damnum* en la *Lex Aquilia*, reside según este autor, en que probablemente, se refiriese al *perjuicio de naturaleza patrimonial* ocasionado al propietario (*dominus*) del bien dañado, y no a un daño material del propio bien; daño económico coincidente con con la pérdida del bien o con su disminución de valor ocasionada por el ilícito.

⁸³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 2020 (<https://dle.rae.es/>).

⁸³¹ DE CUPIS, A., *El Daño*. 2.º edición, Bosch, Barcelona, 1975, p. 81.

⁸³² ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, p. 195.

definía daño como menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica y del cual ha de responder otra⁸³³.

Pero con la palabra «daño» nos podemos estar refiriendo a varias piezas de un puzzle, un conglomerado de lesiones, derivadas de un hecho jurídico muchas veces difícil de identificar⁸³⁴. Por eso se habla de los componentes del daño, porque no deja de ser, en la mayoría de los casos, una amalgama de elementos que hay que distinguir. Esta es una de las maneras en que se puede estudiar el daño: desglosando qué partes lo puedan conformar, con la mirada puesta en que su reparación no beneficie a nadie, sino que se trate de dejar al acreedor en la posición que debería estar si se hubiera cumplido el contrato.

Hemos afirmado que el consentimiento informado adquiere un carácter constitutivo, conformador de la propia indemnización, pues posibilita al inicio concretar la información que sobre el contrato tienen ambas partes (completamente asimétrica en el contrato de tratamiento odontológico. No solo en cuanto a las concausas del acreedor, sino por el déficit de información que también tiene el consumidor frente a la composición de las complejas relaciones contractuales elaboradas por el deudor para cumplir el contrato; en las que intervienen colaboradores, a veces sin relación directa con el deudor de la prestación comprometida de asistencia dental; y la consiguiente conexión de contratos a la que nos hemos referido al explicar la configuración piramidal que tiene la relación contractual que estamos estudiando).

Pese a que bastaría demostrar un incumplimiento de las obligaciones del dentista para establecer su responsabilidad contractual, ante la existencia de un daño producido como consecuencia de la actividad del profesional, al acreedor de la obligación (perjudicado al que se le ha causado el daño) le es indiferente que estemos en sede contractual; o en sede extracontractual. Al dañado le interesa la indemnización y, hoy por hoy, en ambos casos, debe poder anudársele objetiva y subjetivamente la culpabilidad al productor del daño, y demostrado previamente el nexo causal (que se basará en la sana crítica

⁸³³ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 3ª Ed., Montecorvo, Madrid, 1981, p. 123.

⁸³⁴ *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2013, *op. cit.*, pp. 33-50, sobre los daños determinantes de la responsabilidad médica.

de los elementos fácticos y probatorios que se deduzcan del caso concreto); tiene el Juez a quo plena libertad en su decisión sobre el quantum indemnizatorio. Pero con una salvedad: si hablamos de daños contractuales, habrá que estar al interés positivo como medida del daño; es decir que el perjudicado se quede como si se hubiera cumplido el contrato correctamente. Y si estamos en sede extracontractual, estaremos hablando de la reparación integral.

Esto que parece meridianamente claro, puede no serlo tanto en este especialísimo contrato de tratamiento odontológico, por el objeto del mismo: actividad diligente del deudor, sobre la integridad corporal del acreedor, donde el consentimiento informado es elemento conformador, determinante a la hora de configurar la distribución de riesgos en caso de cumplimiento defectuoso o, directamente, de incumplimiento del contrato.

Si el consentimiento informado es parte de la *lex artis*, con que este falle, se incumplirá aquella y se producirá (o debe ocurrir) un incumplimiento contractual porque así se configuran las obligaciones contractuales, según manda el artículo 1258 CC. Es decir, si se incumple el deber de informar, o cumplido este no se respeta lo preceptuado legalmente acerca del consentimiento informado, quizás podamos pensar que el deudor deba responder por todo el daño causado; de todos los componentes del daño que sufra la acreedora por este incumplimiento. Tal vez en este caso, no sea tan clara la distinción entre el alcance de la reparación en sede contractual y extracontractual. Al dañado le importa su daño y quizás algo menos la división en «compartimentos estanco» de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, como afirmaba Yzquierdo Tolsada⁸³⁵.

En cuanto al concepto jurídico de daño, generalmente, por mero esfuerzo intelectual de síntesis, la definición más simple suele ser la más acertada⁸³⁶:

⁸³⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2016, *op., cit.*, p. 68.

⁸³⁶ N.B. Añoro las definiciones matemáticas en Derecho. Nada hay más bello (ni más difícil) que lo sencillo, *v. gr.*, “Circunferencia: lugar de los puntos del plano equidistantes de otro llamado centro”. Por eso admiro definiciones como la que nos regala ROCA TRÍAS, acerca del daño; o YZQUIERDO TOLSADA,

causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia, no es más que el efecto de dañar. Pero definir «el daño» en su vertiente de menoscabo de un interés jurídico nos acerca al concepto de daño en el ámbito normativo.

Un posible «concepto de daño» culposo podemos extraerlo del Derecho romano. Siguiendo la Pandectística alemana⁸³⁷, Díez-Picazo hace clasificación de los tipos de daños resarcibles en el Derecho Romano, resultado de la evolución de la jurisprudencia romana del derecho al resarcimiento “por la vía de las acciones útiles y las acciones *in factum*”⁸³⁸.

Hay que aclarar que, en el Derecho romano, ante la muerte o daño corporal sufrido por un *esclavo*, se podía ejercer la acción directa de la *Lex Aquilia* contra el responsable, siguiendo un fragmento del *Comentario al edicto provincial* de Gayo⁸³⁹, en casos como el que relata, de un médico que

cuando afirma que “cada vez que resulta incumplido un deber de carácter jurídico, estaremos hablando de responsabilidad”. *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.* p. 29.

⁸³⁷ *Vid.*, DERNBURG, H., VON SOKOLOWSKI, P. (Ed.), *System des römischen Rechts*, W. Müller, Berlín, 1911, 1110 pp.

⁸³⁸ DÍEZ-PICAZO, L., 2011, *op. cit.*, pp. 71 y ss. En primer lugar, describe la institución de «*damnum iniuria datum*». Se trata de un delito privado nacido de la mera lesión o daño intencional, o la destrucción dolosa o culposa, de una cosa ajena, *damnum corpori datum* (como, por ejemplo, la contaminación de semillas con otras nocivas), que requería un acto material, *corpore*, y un nexo causal explícito, aunque señala que posteriormente, se admitió “cualquier culposa producción del daño”. A consecuencia de la promulgación del plebiscito de la *Lex Aquilia*, se requería generalmente, una acción positiva con relación causal con el daño (aunque posteriormente se dio cabida a algunas omisiones, citando expresamente como ejemplo, el caso del “médico que inicia la curación del enfermo interviniendo quirúrgicamente con éxito, pero abandonándolo posteriormente”). En segundo lugar, considera las «lesiones corporales y muerte de una persona», por una aplicación analógica a las lesiones corporales sufridas por las personas, de los principios normativos del daño a las cosas (en estos casos, el resarcimiento incluía los gastos de curación, las ganancias dejadas de obtener y la disminución de la capacidad para adquirir en el futuro, “pero no se podía pretender nada como *pretium doloris*”). En tercer lugar, los «daños causados por los animales», requiriendo “negligencia” en su custodia y “la falta de destreza o de plena capacidad cuando se guía” un animal, o se cabalga sobre él, en un lugar frecuentado. A continuación, se refiere a la «acción de dolo», la acción aquiliana, “incluso bajo la forma de *actio utilis o in factum*”, exclusivamente limitada a casos de destrucción o quebrantamiento de cuerpos; a través de la cual, se resarcía cualquier daño patrimonial injusto y malévolo, que no pudiera ser resarcido por otra vía. Finalmente, la «acción de iniuria», que incluía un gran número de causas, como “las ofensas” y la “*contumelia*”, pero también cualquier manifestación de desprecio de la personalidad “intencional e injusta”. Pena también privada, “que debía ser mensurada por el juez tomando en consideración el perjuicio pecuniario experimentado.” Sobre el daño aquiliano, *Vid.*, VALDITARA, G., 1996, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁸³⁹ D. 9, 2,8 (*Gai.*, 7, *ad ed. prov.*). El texto del digesto se trata de un fragmento, puesto que comienza diciendo, «el mismo derecho hay, si...» “*idem uris est, si medicamento perperam usus fuerit. Sed er qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intelligitur.*” (Trad. «reo de culpa», *in fine*).

causa daño a un esclavo, por impericia, al usar un medicamento equivocado, o de forma errónea; o hubiera realizado una operación quirúrgica correctamente, pero luego abandona al paciente, desentendiéndose de la curación del esclavo y con ello este sufriera algún daño, incluso la muerte. Sin embargo, esto no era así cuando quien sufría el daño era un *hombre libre*; porque según Ulpiano, *dominus membrorum suorum nemo videtur*⁸⁴⁰. Entonces, mediante una ficción jurídica, se permitía la *actio utilis o in factum* de la *Lex Aquilia* para el «resarcimiento del daño corporal» producido ilícitamente al hombre libre; pero no la directa.

Así, desde el Derecho romano, y en sus diferentes acciones permitidas por la evolución jurisprudencial de la *Lex Aquilia* (esto es, básicamente, la acción directa, o mediante ficción jurídica), surge el concepto económico del daño corporal «cuantificable económicamente» en una de las acepciones del término *damnum*⁸⁴¹, como una lesión que es indemnizable o resarcible cumpliendo ciertos requisitos.

Hoy, desde esta visión económica del daño, Diez-Picazo, siguiendo la denominada Teoría de la diferencia⁸⁴², expone que “el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella

⁸⁴⁰ D. 9, 2, 13 (*Ulp.*, 18, *ad ed.*). *N.B.* Seguimos la edición del Digesto de MOMMSEN, T., y KRUEGER, P., *Corpus Iuris Civilis*, Vol. I, 13ª edición, Berlín, Apud Weidmannos, 1920.

⁸⁴¹ *Vid.*, D’ORS PÉREZ-PEIX, A., *Derecho privado romano*, Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA, Pamplona, 2004, p. 475 (nota núm. 373). Explica el autor que el término *damnum* es un concepto dinámico, que, aunque puede traducirse aceptablemente por “daño”, también significaba originariamente “la pérdida que debe imponerse como pena al autor de un delito”; pérdida entendida como detrimento económico.

⁸⁴² *Cfr.*, INIESTA DELGADO, J. J., *Calificación y valoración del daño en el Derecho de la Responsabilidad*, en ATAZ LÓPEZ, J. y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II*, Capítulo 79, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 1467. El autor lo define como “la conclusión de un proceso de cambio o transformación de un estado de la realidad [...]. Sin daño no hay situación regulada por las normas de responsabilidad”, de ahí su relevancia en este ámbito del Derecho, en la misma línea, *Vid.*, SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La reparación in natura del daño”, *Rev. Vniversitas*, 54 (109), 2005, p. 205. Define daño como “cualquier detrimento, perjuicio, menoscabo o dolor o molestia por efecto de una acción que puede repararse mediante el resarcimiento material (o in natura) del mismo, o bien, su compensación con una determinada cantidad”. Expone que el resarcimiento material del daño corporal será muy difícil, mientras que la compensación será posible siempre en todos los ámbitos.

que tiene efectivamente tras el hecho dañoso”⁸⁴³. A lo que, inmediatamente, oponemos la circunstancia de que una percepción tan abstracta de daño podría dejar de lado ciertas particularidades del caso concreto.

Con muy buen criterio, Díez-Picazo lo reconoce más adelante, cuando afirma que “(e)l concepto de daño que resulta de la denominada teoría de la diferencia ha sido objeto de críticas en la doctrina más autorizada⁸⁴⁴, que han seguido varios caminos. [...] los postulados de la teoría de la diferencia pueden ser en la mayor parte de las ocasiones, un buen criterio de cálculo del daño, pero no suministran en rigor un concepto jurídico suficiente”⁸⁴⁵. Con estas palabras introduce el debate de lo que denomina «*compensatio lucri cum damno*» que conduce a un concepto concreto de daño; señalando a continuación las dificultades y críticas que presenta la teoría de la diferencia a la hora de enfrentarla a situaciones en las que la indemnización llevaría a exigir al indemnizado la diferencia de cantidad existente entre la restitución de un objeto usado por otro nuevo, o los fallos que plantea la citada teoría cuando el propietario de un bien percibe el precio de su venta pero la propiedad no se ha transmitido todavía y éste deviene dañado; señalando finalmente, la dificultad extrema que supone para un juez calcular el patrimonio global del perjudicado antes y después de ocurrir el evento dañoso, a la hora de establecer

⁸⁴³ DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op., cit.*, p. 309, en el mismo sentido, *Vid.*, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op., cit.*, p. 1292.

⁸⁴⁴ *Cfr.*, PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *ADC*, 42, 4, 1989, pp. 1165 y ss. El autor es uno de los más críticos con la *teoría de la diferencia*. Refiriéndose a la indemnización que se deriva de la resolución del contrato, expresa que la debida al acreedor que opta por resolver el contrato no debe cuantificarse atendiendo a la situación económica hipotética que existiría de no haber celebrado el contrato, pues de ordinario, no será él quien haya celebrado un mal negocio ni quien tenga, en absoluto, interés en la recomposición de una situación ajena al mismo. Algo sorprendente, probablemente cuando uno mira la indemnización por incumplimiento de forma miope: puesto que hay daños extraordinarios, que pudieron preverse al inicio del contrato y en los cuales parece no repararse en ellos. Claro que los ojos de un civilista se apartan a veces del daño producido a consecuencia de un contrato fallido de tratamiento odontológico: el consumidor tendrá que ser repuesto a su estado anterior, pues su salud se encuentra ahora empeorada...

⁸⁴⁵ DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op., cit.*, pp. 312-314, en la misma línea, *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 186. La *compensatio lucri cum damno* es resultado directo de la «teoría de la diferencia», la cual afirma el autor que puede enervar la acción indemnizatoria de existir “un curso causal alternativo y *posterior* que habría producido como resultado el mismo daño (o un daño superior)”.

una indemnización, como tendremos ocasión de discutir en el capítulo siguiente.

No obstante, señala Díez-Picazo, “conviene no perder de vista, como dato muy importante, lo que se puede llamar la irreparabilidad del daño, si las cosas se contemplan globalmente. Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer, este pensamiento no pasa de ser una cabal ilusión. [...] Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes”⁸⁴⁶.

Yzquierdo Tolsada advierte, además, que “(h)ay ordenamientos que parten de que no todo daño puede ser indemnizado”. Distingue entre «daño común» (“el que experimenta cualquier persona con motivo del hecho dañoso”) y «daño propio» (“el que sufre una persona determinada por circunstancias que le son particulares”)⁸⁴⁷. Este es el daño indemnizable que tiene en cuenta actualmente el sistema previsto en los baremos al uso, que estudiaremos siquiera superficialmente en el capítulo siguiente.

Como son innumerables las clasificaciones del daño, no vamos a hacer ninguna, porque en palabras de Yzquierdo Tolsada, recogiendo una idea de DÍEZ-PICAZO, “hay que obtener un concepto de daño que pueda englobar, no simplemente el daño en sí mismo, sino también los factores que tienen que ver con la posibilidad de evaluarlo y repararlo.”. El daño exige su certeza, al menos relativa, para que sea resarcible. “Y en esa certeza es donde comienzan los problemas: ¿se debe reponer el valor de mercado del objeto destruido?

⁸⁴⁶ DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op., cit.*, pp. 41-42.

⁸⁴⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 185.

¿Hay que descontar de la indemnización las ganancias que la acción dañosa haya generado? ¿Qué hacer con el valor o precio de afección?”⁸⁴⁸.

En opinión de Carrasco Perera, no hay un concepto normativo de daño, con respecto al daño derivado del cumplimiento defectuoso –o de un incumplimiento de un contrato–. El concepto más simple de daño define aquel como cualquier lesión de un interés, sea éste de naturaleza patrimonial o no patrimonial y, el artículo 1106 CC no excluye en modo alguno “la indemnización del daño no patrimonial”⁸⁴⁹.

Vamos a intentar ceñirnos en este capítulo al estudio de diferentes facetas que son parte del daño resarcible o indemnizable⁸⁵⁰, que pueda producirse en la esfera del contrato tratamiento odontológico, bien como consecuencia de un defecto o ausencia de consentimiento informado, o bien como un daño corporal, o moral, sufrido por el usuario, con especial detenimiento en la descripción final (que no conceptualización) de un daño dental resarcible, “que es el que interesa al jurista cuando llega el momento de valorar y reparar”⁸⁵¹, como consecuencia de tal contrato.

⁸⁴⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 184. El valor especial que tiene algo para una persona puede tener un interés para el Derecho, o ser totalmente indiferente dicho «valor de afección» al Ordenamiento. ¿Debe resarcirse? Pues como diría un gallego: *¡depende!* En cuanto al «valor de mercado», ¿para qué tenemos baremos, si podemos tener presupuestos elaborados por otros dentistas? ¿Resulta justo o injusto indemnizar a valor de mercado unos daños que triplican el precio del contrato...? Y sobre las «ganancias de la acción dañosa», ¿es justo indemnizar cuando el paciente mejora su salud en términos relativos, aunque presente daños indemnizables, ajustándonos al valor de mercado o a la indemnización estipulada en un baremo? ¡Depende!

⁸⁴⁹ CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op., cit.*, p. 1289. *Vid.*, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Prólogo*, en CORPAS PASTOR, L., *Valoración legal del daño dental. Responsabilidad y competencia del Higienista dental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2021, pp. 10-11. Afirmo el autor del Prólogo que el daño moral se puede observar en la esfera de los bienes de la personalidad y derechos fundamentales, así como en la responsabilidad contractual, con cierta resistencia. Aunque es innegable que nuestro Código Civil no limita, ni prohíbe el resarcimiento de daño extrapatrimonial proveniente del incumplimientos contractuales o contravención *obligacional* contractual.

⁸⁵⁰ *Vid.*, por todos, OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, Editorial Técnica Avicam, Granada, 2014, 196 pp. Se pueden distinguir los *daños directos* (los que sufre la víctima inmediata del hecho dañoso, tanto si afectan a su persona como si afectan a sus bienes), frente a los daños llamados *indirectos* (por rebote o mediatos; que sufre una persona como consecuencia de los directos que otra persona sufre, en la doctrina francesa, se llaman *dommage par ricochet*) y pueden tener naturaleza tanto patrimonial como extrapatrimonial.

⁸⁵¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 187.

4.1.1. La pérdida de oportunidad como daño indemnizable

En los albores de esta investigación dirigíamos inicialmente nuestra búsqueda de algunas pistas relativas al uso del consentimiento informado como una fórmula para enervar la responsabilidad del dentista ante una reclamación por pérdida de oportunidad, planteada “como consecuencia de un tipo de incertidumbre causal en torno a [...] la relación de causalidad. Su virtualidad se produce a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especial relevancia en el ámbito sanitario.”⁸⁵², y un retraso diagnóstico, o una omisión poco diligente en el desarrollo del programa prestacional puede haber ocasionado un daño difícilmente demostrable su causalidad. En estos casos, “el Juez o Magistrado puede deducir la existencia de un hecho culposo cuando la situación es tal que el daño no se habría producido sin que hubiera mediado culpa o negligencia de alguien.”⁸⁵³.

Una vez confirmado que la *lex artis* incluye indefectiblemente el consentimiento informado, no es de extrañar que pronto redirigiésemos el objetivo, migrando incluso el título de este trabajo hacia el actual; al tomar conciencia de que uno de los objetivos prácticos de esta tesis debía enfocarse, precisamente, en el consentimiento informado y la relación obligatoria surgida del contrato de tratamiento odontológico del que trasciende y, finalmente, la responsabilidad sanitaria y su corolario, la valoración legal del daño indemnizable.

Si miramos su imagen especular, desde el punto de vista de la víctima que sufre un daño indemnizable en su integridad personal, o del perjudicado de un daño muerte, sufrido a consecuencia de una actividad sanitaria, existen diversas razones no meramente causales de tal daño, sino que con cierta probabilidad podría haberse evitado el daño si se hubieran tomado decisiones diferentes en cuanto a un diagnóstico más certero, mejor técnica, o mayor celeridad en la adopción de la decisión terapéutica origen del daño. La pérdida

⁸⁵² ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2008, p. 15.

⁸⁵³ *Cfr.*, LUNA YERGA, Á., y SALVADOR CODERECH, P., (Pról.), 2004, *op. cit.*, p. 284.

de oportunidad sanitaria consistiría en quitarle a un usuario la posibilidad de mejorar sus expectativas de curación o del pronóstico de su patología⁸⁵⁴; constituyendo el resultado indemnizable, no un daño efectivo o real anudado causalmente a una acción u omisión, sino aquél que proviene directamente de una acción negativa, de no hacer, injustificada (es decir, una omisión, el retraso o un error diagnóstico injustificados); sin que exista certeza alguna de que esta omisión, retraso o error hayan sido la causa directa del daño que pueda ocurrir posteriormente. Es lo que Fernández Hierro denomina «pérdida de posibilidades»: “Se produce en aquellas hipótesis en las cuales la acción del agente priva a la víctima de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida. [...], en materia médica, [...] se ha aplicado a la culpa del cirujano cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del fallecimiento, pero sí al menos, de una pérdida de supervivencia si bien señalando que la reparación en este caso no puede ser más que parcial”⁸⁵⁵.

Medina Alcoz data la formación de la teoría de la pérdida de oportunidad, o “*chance*”, entre “finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual”⁸⁵⁶. Sostiene que dicha teoría ha penetrado de forma horizontal y vertical en muchos ordenamientos nacionales. Horizontalmente, entre otros⁸⁵⁷, en el

⁸⁵⁴ Cfr., EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: Algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo II, Capítulo 51, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 260. Justifica la autora que la dificultad probatoria a la que se enfrenta el usuario de la Sanidad Pública, en sede de responsabilidad patrimonial, hace que la pérdida de oportunidad sea utilizada como una «técnica auxiliar» en aquellos casos en los que se busca un resarcimiento, «si bien no hay una certeza jurídica» de que se haya hurtado al usuario un recurso, si bien sí que existe «una fuerte intuición» de que se le ha negado la posibilidad de obtener un beneficio.

⁸⁵⁵ FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de Responsabilidad médica*, 5ª ed., Comares, Granada, 2007, p. 299.

⁸⁵⁶ MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Rev Resp Civil Seguro*, 2009, Vol. 128, pp. 33-36.

⁸⁵⁷ Cfr., ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2008, *op. cit.*, pp. 19-21. La autora hace referencia a la Sentencia de 13 de junio de 2007 de la *Ire Cour de droit civil* del Tribunal Federal suizo, «que señala que la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad conduce a admitir la reparación de un perjuicio en función de la probabilidad de que la conducta haya causado el daño y que ello no encaja con la concepción de la *causalidad natural*» (entre la conducta del médico y el daño); por lo que “la pérdida de oportunidad no constituye un aspecto de la causalidad, sino un daño a indemnizar”. *Vid.*, específicamente en el Derecho británico, GREEN, S., *Causation in negligence*, Capítulo 7, *Lost Chances*, *Hart Studies in Private Law*, Hart

Derecho de Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia y Argentina; y, verticalmente, “alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT-, Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil -EGTL) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE y jurisprudencia comunitaria; sentencias en materia de derechos humanos, art. 7.4.3 Principios UNIDROIT; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil). [...] La implantación de la doctrina de la *chance* en España, viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación. [...] Es una técnica que, en cierto modo, regula la incertidumbre bajo el entendimiento de que a veces hiere la sensibilidad judicial que la víctima quede sin reparación por un daño que, quizá, no habría padecido de no haber mediado el hecho ilícito; o que la contraparte quede obligada a reparar un perjuicio que pudo no haber causado”⁸⁵⁸, por lo que también aquí tendremos que leer entre líneas el Artículo 1 CC, al estar España constituida como Estado Constitucional Multinivel, tanto *ad intra* como, sobre todo, *ad extra*... La teoría jurisprudencial de la pérdida de oportunidad complementa el Ordenamiento ante dificultades probatorias en “hechos difíciles” (más concretamente en la de los hechos “*disipados*, o meramente

Publishing, Oxford, 2015, pp. 152-172. Sobre la diferencia en el *Common Law*, entre la pérdida de oportunidades «real» (*Genuine*) frente a la «virtual» (*Illusory*), que se da en aquellos casos en los que la oportunidad y el incumplimiento de la obligación son *interdependientes* porque el incumplimiento afecta a la propia oportunidad. Estos últimos no son casos de pérdida de oportunidad en absoluto, por lo tanto, no puede considerarse ninguna responsabilidad. Los diferencia de los genuinos, reales (o auténticos), aquellos casos en los que la oportunidad existe *independientemente* del incumplimiento de la obligación y en los que el incumplimiento afecta la capacidad de la parte demandante para valerse por sí misma u obtener esa oportunidad.

⁸⁵⁸ *Ídem*.

indiciarios”), se acude en ocasiones a la prueba indiciaria⁸⁵⁹ en sede penal, para no dejar sin pena al culpable por falta de actividad probatoria.

Lizárraga Bonelli dedica unas bellas palabras a esta institución, que reproducimos a continuación: “Señala la Doctrina más autorizada que la denominada «Pérdida de oportunidad» responde a una construcción jurisprudencial y doctrinal, que no tiene basamento normativo alguno y cuyo origen se constata entre los siglos XIX y XX del derecho francés (*‘perte d’une chance’*⁸⁶⁰) entendida como frustración de las esperanzas o expectativas que siendo posibles son privadas al perjudicado, surgiendo en la responsabilidad civil junto con la teoría del incremento del riesgo, o a través de la prueba de presunciones⁸⁶¹, considerada como una técnica para evitar la dificultad de

⁸⁵⁹ CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, *An. Filosofía del Derecho*, XVIII, 2001, enero, pp. 18-21. El autor, con cita de la STS de 25 de junio de 1990, expone «siguiendo la doctrina del TC (SSTC 169/1986, de 22 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, 256/1988, de 21 de diciembre de 1988, 94/1990, de 23 de mayo), declaró que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de la prueba indiciaria, ya que no siempre es posible utilizar la prueba directa, y en la dificultad del esclarecimiento del hecho delictuoso prescindir de aquella conduciría, en ocasiones, a la impunidad”. De la que se explica que requiere de ciertos requisitos de carácter formal: que esté perfectamente acreditado el hecho indiciario y que el órgano jurisdiccional explique el razonamiento que motiva su decisión, es decir, los criterios racionales que lo llevan a tomar la prueba indiciaria como acreditación del hecho y la firme convicción de la acreditación subjetiva de una conducta a una persona determinada; y requisitos de carácter material o sustantivo: debe tratarse de múltiples indicios, citando el aforismo «*iudicium unus, iudicium nullus*», “graves y concluyentes, que se presenten concordantes en apuntar hacia una misma dirección, bien que pudiendo bastar, excepcionalmente, la unicidad, cuando ese único indicio revista una relevancia «de especial significación»“, con cita de la STS de 7 de julio de 1989; teniendo en cuenta los contraindicios.

⁸⁶⁰ *Cfr.*, MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Rev Resp Civil Seguro*, 2009, 128, p. 76. Una de las cuestiones que con más frecuencia lleva a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad (como un criterio de reducción de exigencias de prueba del nexo causal, remontándose a los sistemas jurídicos francés (*perte d’une chance*) y anglosajón (*loss of a chance of recovery*), sin olvidar las importantes aportaciones que en esta materia han hecho muchos países iberoamericanos (pérdida de la chance)», es la relativa a los reimplantes de piezas dentales avulsionadas de manera traumática. Cita este autor, sin embargo, la SAP LO, de 26 de abril de 2004 (p. 94), desestimatoria de la reclamación planteada por los padres de una menor que había sufrido una caída fortuita con traumatismo en el labio superior y arrancamiento de un diente incisivo, los cuales se trasladaron con la menor a urgencias del hospital de referencia, con el diente envuelto en gasas, siendo atendidos por el médico de urgencias, que les indicó que acudieran a odontólogo al día siguiente y que tomara analgesia. El diente no pudo ser reimplantado. Señala la Sala que «En todo caso no se ha acreditado que los daños sean reales y efectivos sino hipotéticos al no acreditarse si las condiciones en que se conservó el diente eran las adecuadas, además de las circunstancias necesarias de tiempo, por lo que no acreditándose todas las condiciones necesarias para el éxito del implante, no puede tenerse el daño como real y efectivo, sino como hipotético.». “En definitiva, en estos supuestos, no estando garantizado el éxito del reimplante, las supuestas negligencias cometidas no son la causa del fracaso del reimplante, sino una pérdida de oportunidad en relación al éxito del mismo”.

⁸⁶¹ *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 52. Expone el autor que “habrá culpa no sólo cuando ésta se acredita fehacientemente, sino también si se demuestra que entre el proceder del médico y el

probar la causalidad entre el actuar o la omisión y el daño, ayudada por la consideración de la limitación del conocimiento humano que obliga a tener no sólo certezas, sino probabilidades a partir de elementos de juicio razonablemente interpretados, en lo que respecta a España, y en responsabilidad sanitaria, es una doctrina que se aplica desde los años 80. Así en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario se caracteriza por la «incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado, o mejorado, el deficiente estado de salud del paciente», y ello con la consiguiente entrada en juego a la hora de la valoración del daño de dos elementos de difícil concreción, como son: el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido un efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este.»⁸⁶².

Hurtado Díaz-Guerra habla del “Boom de la pérdida de oportunidad” como exponente de la responsabilidad proporcional por daño moral, y relaciona su casuística más relevante en el medio sanitario; después de haber repasado el origen de la institución en España, (con cita de la pionera STS de «11» de Octubre de 1998⁸⁶³, en la que se expone el caso de una enfermera que comete un error al colocar en un recipiente equivocado la mano amputada en un accidente sufrido por un trabajador de una fábrica, lo que impide su reimplante a tiempo) y su fundamento, ligado “a la causalidad y a la

resultado dañoso no concurre ninguna circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos, de acuerdo con el necesario nexos causal [...], que la realidad de que la prueba del nexos causal y de la causalidad recaiga sobre el demandante no supone en absoluto la imposición a su cargo de una especial exigencia de mayor rigor probatorio puesto que cabe siempre la *prueba de presunciones*”.

⁸⁶² LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, p. 301.

⁸⁶³ La cita es errada: en realidad, se trata de la STS de 10 de octubre de 1998, Sala de lo Civil (Roj: STS 5788/1998 - ECLI:ES:TS:1998:5788; Id Cendoj: 28079110011998101738). *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 663. Quien afirma que “(e)l concepto de pérdida de oportunidad es utilizado de modo explícito en la STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8371 [YZQUIERDO [1999], pgs. 533 y ss.]”); aunque previamente, en el concreto apartado dedicado a «(l)a pérdida de la oportunidad de curación» cita la STS de 7 de abril de 1997 “(RJ 1997, 2742), como ejemplo más antiguo de la institución —a la que describe, pero no se denomina como tal en la STS—, cuando afirma: “aunque no es seguro que el éxito de se habría obtenido si la operación se hubiera llevado a cabo a tiempo, esta incertidumbre sanitaria no puede marginar la acreditada probabilidad de que el desenlace hubiera sido satisfactorio si la intervención quirúrgica se hubiese realizado a tiempo”.

cuantificación del daño”, e incluso, a la antijuricidad, poniéndola en relación con la *lex artis*⁸⁶⁴.

Gran parte de la doctrina sitúa la pérdida de oportunidad en sede de la prueba de la causalidad⁸⁶⁵, como criterio de reducción de las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo de causalidad⁸⁶⁶, en palabras de Asensi Pallarés y Cid-Luna Clares, “(s)e trata siempre de casos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión, se considera negligente. Ello es obvio en un sistema que requiere la culpa para imputar la responsabilidad, y no en un sistema objetivo”⁸⁶⁷. Pero, como afirma Egusquiza Balmaseda, “(c)onceptualmente también se ha empleado y proyectado para la determinación del perjuicio reclamado con el fin de que pueda ser acreditado un daño que en sí mismo resulta puramente hipotético”⁸⁶⁸; en el mismo sentido que lo expone Gil Membrado⁸⁶⁹ o un criterio de imputación –que se nos antoja algo artificioso–, mediante el cual la Sala tercera de nuestro Tribunal Supremo⁸⁷⁰, y los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, retuercen la

⁸⁶⁴ HURTADO DÍAZ GUERRA, M. I., 2018, *op., cit.*, pp. 253 y ss.

⁸⁶⁵ *Cfr.*, ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2008, *op., cit.*, p. 17; EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2021, *op., cit.*, p. 272; PÉREZ VALLEJO, A. M., 2021, *op., cit.*, pp. 1134 y ss.; GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op., cit.*, pp. 651 y ss.; por nombrar algunos.

⁸⁶⁶ ASENSI PALLARÉS, E., y CID-LUNA CLARES, I., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Rev. CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 228-239. (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

⁸⁶⁷ *Ibid.*, pp. 228-239. Afirman los autores que “nuestros tribunales aplican la pérdida de oportunidad como una herramienta que permite declarar responsabilidad cuando la asistencia sanitaria no se ha ajustado a la *Lex artis ad hoc* y el paciente presenta un daño cuya relación con aquella es dudosa, o incluso mínima.”.

⁸⁶⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2021, *op., cit.*, p. 272; YZQUIERDO TOLSADA, M., 2001, *op., cit.*, p. 45.

⁸⁶⁹ GIL MEMBRADO, C., Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿un artificio para sortear la causalidad? En ATAZ LÓPEZ, J. y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 69, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1057-1134.

⁸⁷⁰ La teoría de la pérdida de oportunidad como causa de la obligación de resarcir daños y perjuicios en materia sanitaria ha sido fundamentalmente desarrollada en sede *Contencioso-Administrativa* y, concretamente, de responsabilidad patrimonial por la Sala Tercera del Tribunal Supremo y acogida posteriormente en sede *Civil*. Así, la STS de la Sala Tercera de 22 de mayo de 2012 (Roj: STS 3637/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3637 Id Cendoj: 28079130042012100412) definía la pérdida de oportunidad como «La incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha

prueba de la causalidad, en una suerte de justicia material, hacia la culpa del profesional cuya actuación no puede asegurarse que haya sido causante del daño objeto de reclamación o, al menos la única causa, pero sí ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano.

Hay que tener presente que la Odontología, en el público y saturado SNS, se encuadra en la Atención Primaria, fundamentalmente⁸⁷¹, en este campo es de aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad, por la mayor facilidad probatoria de su diligencia que, en principio, tiene el dentista del Servicio Nacional de Salud.

Esta situación hace que sea trascendente en el campo dental el papel que juega la responsabilidad patrimonial de la Administración y esto lleva consigo la apreciación frecuente de la pérdida de oportunidad en reclamaciones dentales, pues hay que tener en cuenta la pérdida de oportunidad puede ser “más frecuente” en el ámbito de la Atención Primaria,

actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”». La pérdida de oportunidad se fundamenta en la «incertidumbre causal» (criterio acogido en sede Civil, en la STS núm. 227/2016, de 8 de abril Roj: STS 1427/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1427 Id Cendoj: 28079110012016100215), por lo que la fijación del *quantum* indemnizatorio por pérdida de oportunidad no es objetivable (parafraseando la STS, Sala Tercera de 27 de noviembre de 1993), debiendo considerar en dicho cálculo las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Se admite una «apreciación global del daño derivada de una apreciación racional, aunque no matemática» (STS, Sala Tercera de 9 de junio de 2009), teniendo en cuenta todas las demás circunstancias que concurren en el caso. Así, «la indemnización no ha de fijarse en función de los resultados de la asistencia médica que se ha prestado al paciente», sino como apreciación global racional (STS, Sala Tercera, nº 665/2018, de 24 de abril; Roj: STS 1546/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1546 Id Cendoj: 28079130052018100164).

⁸⁷¹ Cfr., LLENA PUY, C., BLANCO GONZÁLEZ, J. M., LLAMAS ORTUÑO, M. E., *et al.*, 2018, *op. cit.*, p. 246. De antiguo, “la atención bucodental pública de la población española estaba limitada al tratamiento médico de los procesos agudos, a las exodoncias, al diagnóstico y al tratamiento médico y quirúrgico de la patología de las mucosas, de los maxilares, de la articulación temporomandibular y de las glándulas salivales”; pero en los años ochenta del siglo pasado, se comenzó a introducir la salud bucodental en las escuelas, con los escolares como población diana en materia de educación, prevención y diagnóstico precoz (enjuagues fluorados y actividades de educación sanitaria en el ámbito escolar, fundamentalmente). No fue hasta los años noventa que se aumentó la oferta, complementando –pero simultaneando– la cartera asistencial pública, anteriormente referenciada, con la introducción de otras “prestaciones de odontología restauradora, dirigidas a la población infantil y juvenil, siendo el País Vasco pionero en esta iniciativa, seguido por la Comunidad Foral de Navarra”, los cuales fueron los primeros PADI. “La evolución de la asistencia bucodental a la población infantil y adolescente en el país ha sido muy diferente”. Mientras País Vasco, Navarra, Aragón, Andalucía, Extremadura, Murcia, Islas Baleares y Canarias se inclinaron por los modelos PADI (sistemas de financiación pública y provisión mixta en la que el grueso de la atención lo realizan dentistas privados concertados). Castilla León, y Castilla La Mancha “optaron por sistemas a los que se suele denominar mixtos, con una parte de provisión pública y otra de provisión privada con financiación pública”. Finalmente, La Rioja, Valencia, Madrid, Cataluña, Galicia, Asturias, Cantabria, Ceuta y Melilla “apostaron por modelos de financiación y provisión totalmente públicos”.

debido a que la que “la información fundamental recogida es la sintomática” y la pérdida de oportunidad en este ámbito “es francamente diferente a la que se puede presentar en los procesos de hospitalización”⁸⁷².

La doctrina de la pérdida de posibilidad cuando ha sido aplicada ha tenido una consecuencia práctica: “la valoración de la pérdida es distinta a la valoración del daño de haber sido este cierto; [...], más bien en un modo simbólico, o a lo más, atendiendo a las posibilidades de éxito de la acción”⁸⁷³. Hay que acudir, entonces al cálculo probabilístico, con una reducción de la indemnización “para valorar económicamente el daño causado por pérdida de oportunidad”, en aquellos casos de diagnóstico erróneo, o, “dependiendo de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente o no, de haber actuado más diligentemente”⁸⁷⁴. Efectivamente, la teoría de la pérdida de oportunidad tiene mayor relevancia en las reclamaciones patrimoniales, más que en las meramente civiles (“no sería improcedente hablar de franca receptividad”⁸⁷⁵ en sede civil) y que por tratarse de meras probabilidades graduables, como hemos mencionado, su indemnización será un porcentaje del daño que pudiera causarse.

Veremos en el capítulo siguiente que, efectivamente, la pérdida de oportunidad actúa como una reducción (o porcentaje ponderado, variable en la misma medida de su probable influencia en el resultado final), a la hora de calcular la indemnización que nunca alcanzará el *quantum* indemnizatorio *ad integrum* de una causa cierta, probada e imputable objetiva y subjetivamente al productor del daño. Galán Cortés señala al respecto que “lo razonable y equitativo es que la indemnización se acomode a tal circunstancia

⁸⁷² MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J., (Coord.). *La Pérdida de Oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y Jurisprudenciales*, Madrid, Editorial de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria-INGESA-Ministerio de Sanidad y Consumo, núm. 1.851, 2006, p. 15. La obra cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 26 de abril de 2004, ya comentada.

⁸⁷³ *Cfr.*, PÉREZ VALLEJO, A. M., 2021, *op., cit.*, pp. 1134 y ss.; GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op., cit.*, pp. 651 y ss.; por nombrar algunos.

⁸⁷⁴ PÉREZ VALLEJO, A. M., 2021, *op., cit.*, p. 1162.

⁸⁷⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2008, *op., cit.*, p. 8.

(responsabilidad proporcional), que deberá ser evaluada individualmente en cada caso”, sin que sea necesario alcanzar un “umbral de convicción” determinado, citando el 50% del *Common Law*, o el 80% o más, en nuestro ámbito cercano⁸⁷⁶.

Según Asensi Pallarés y Cid-Luna Clares, “en los últimos años la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sufrido una evolución, vinculándose en algunos casos con la *Lex artis*, como elemento de la antijuridicidad, cuando lo correcto es vincularlo a la relación de causalidad”, como probabilidad altamente fundada de que un resultado determinado, y no como un modelo de daño, aunque indudablemente tiene repercusión en el *quantum* indemnizatorio⁸⁷⁷. Lamentablemente, veremos, los criterios para poder cuantificar esta pérdida de oportunidad no están suficientemente sistematizados, si bien “en los supuestos de defecto de información, se puede considerar prácticamente establecido el criterio de utilizar un factor de corrección aproximado del 50% a la indemnización”⁸⁷⁸.

La justificación de su estudio en este apartado de la presente Tesis está relacionada con la pérdida de oportunidad en general, que supone la falta de información y/o consentimiento informado, en los que “el daño indemnizable por pérdida de oportunidad resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente, sobre un determinado riesgo (muy bajo) derivado de la intervención y que posteriormente se produjo. De tal suerte, que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la

⁸⁷⁶ *Cfr.*, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 651 y ss.

⁸⁷⁷ ASENSI PALLARÉS, E., y CID-LUNA CLARES, I., 2013, *op. cit.*, pp. 228-239. Así también lo cree ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2013, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁷⁸ SAIGÍ ULLASTRE, U., GÓMEZ DURÁN, E. L., y ARIMANY MANSO, J., “Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica”, *Rev. Esp. Medicina Legal*, 2013, pp. 157-161. Añade, como la anterior, que “la omisión de una actuación clínica diagnóstica o terapéutica que a posteriori se reconoce que podría haber sido efectiva, permite, por tanto, indemnizar en casos en los que la causa no pueda probarse. La cuantificación de dicha pérdida de oportunidad es materia comprometida, y generalmente se realiza como un porcentaje de la indemnización que correspondería por la producción del daño con causa probada”.

posibilidad de haberse substraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”⁸⁷⁹.

Asúa González ya señaló la «falta de información y/o de consentimiento informado»⁸⁸⁰ entre “los supuestos que, en el ámbito sanitario, se suelen poner como ejemplo de incertidumbre respecto del desenlace final aunque se hubiera desarrollado la conducta debida” (casos de omisiones o de conductas con componente omisivo, tales como los errores, y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales); con cita de las SSTs de 26 de septiembre de 2000 y de 21 de octubre de 2005. La primera condenó al profesional porque “asumió por sí solo los riesgos de su intervención, en lugar del paciente” y la segunda, contra un cirujano plástico, por el surgimiento de queloides tras una operación de cirugía plástica de la cara y no “había hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso” y con ello, que la paciente pudiera “asumir el riesgo de las eventuales dificultades de cicatrización defectuosa.”⁸⁸¹.

Esta visión contrasta con la “teoría autonomista” con origen en la jurisprudencia italiana, en la que la propia oportunidad es “un bien o interés del que una persona es titular y que su lesión debe ser indemnizada”⁸⁸². Es decir, actualmente, tiene consideración de daño autónomo indemnizable, cuando no existe consentimiento informado válido, hay ausencia de información o invalidez del propio consentimiento informado; porque el

⁸⁷⁹ PÉREZ VALLEJO, A. M., 2021, *op. cit.*, p. 1143. (Aunque también se aplica esta teoría, dice, en caso de *errores diagnósticos o decisiones equivocadas*, “por la privación de la posibilidad de que con un diagnóstico o tratamiento adecuado y/o precoz”, hubiese permitido un resultado final menos perjudicial al usuario). Esta cita corresponde a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100028), en la que “no se discute la eventual existencia de mala praxis en la actuación propiamente quirúrgica; lo que se cuestiona con carácter principal es si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio; si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia y si el facultativo debe asumir la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto realizado conforme a la *lex artis*”. *Cfr.*, RUBIO TORRANO, E., “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (3), 2012, pp. 53-59.

⁸⁸⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2008, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 42.

⁸⁸² *Ibid.*, p. 78.

dañado pudo haber elegido no realizarse la intervención que le produjo daño a su salud (lesiones, o daño muerte) si hubiera conocido los riesgos o las alternativas que tenía y ello le hubiera hecho tomar otra decisión sobre someterse a ese procedimiento concreto. Lo que se conoce como “traslación del riesgo”⁸⁸³ desde el paciente (que no lo asume), al profesional.

Por lo tanto, no deja de tener importancia práctica el estudio sistemático de la pérdida de oportunidad como fenómeno independiente, capaz de construir una fórmula de imputación de responsabilidad sanitaria y, sobre todo, su análisis desde el punto de vista de su posible resarcimiento como daño indemnizable autónomo, al mismo nivel que el daño moral (pero referida a la incertidumbre derivada de la pérdida de la autonomía decisoria como daño indemnizable). El daño en estos casos, como ya hemos expuesto, se cuantifica en ocasiones como un porcentaje relacionado con la probabilidad. Sobre este aspecto, Asúa González expone que ha habido una peregrinación de la figura de la pérdida de oportunidad por las diferentes Salas del alto tribunal: “En la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha asentado la consideración de que se indemniza un daño específico (la lesión al derecho de libre determinación del paciente), en la Sala Primera, sin embargo, aunque en algunas decisiones se haya acogido semejante perspectiva, parece haberse optado por la perspectiva de la pérdida de oportunidad, seguramente considerando la oportunidad como el interés lesionado”⁸⁸⁴; por lo que la teoría de la pérdida de oportunidad es “una forma de gestionar la inseguridad causal a efectos indemnizatorios y de dar relevancia a la probabilidad de cara a establecer una indemnización inferior a la cuantificación del daño final sufrido”⁸⁸⁵.

Hay autores que sostienen que la teoría judicial de la pérdida de oportunidad –que carece de «sustento normativo»–, permite indemnizar

⁸⁸³ CABEZUELO ARENAS, A., “Consentimiento informado: el consentimiento para la realización de intervenciones quirúrgicas ha de otorgarse por escrito. Inadmisibilidad de excepciones no previstas por la Ley”, *Rev. Aranzadi Doctrinal*, 11, 2013, pp. 77 y ss. 77-82.

⁸⁸⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Rev. CESCO de consumo*, 8/2013, p. 160. La causalidad en estos casos se puede entender como “la capacidad del comportamiento debido y omitido para evitar el daño causado”, *Ibid.*, p. 155.

⁸⁸⁵ *Ídem*.

“cuando existen dudas o incertidumbre en la prueba de la relación de causalidad”⁸⁸⁶, pero “no constituye una alternativa a la apreciación de la *lex artis*, aunque puede concurrir con ella”⁸⁸⁷ (caso de defecto o inexistencia de consentimiento informado, como hemos visto). Pero, contrariamente a lo que podría parecer, la teoría de la pérdida de oportunidad refuerza –en nuestra opinión– el principio de causalidad del sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, establecido en el libro cuarto del Código Civil, mediante una fórmula –diríamos– «creativa», que se aplica más frecuentemente en reclamaciones patrimoniales como daño a la autonomía del paciente en su poder de decisión o como daño autónomo por la privación en sede civil, de la decisión autónoma del paciente no informado.

Con esta salvedad, y como veremos en el capítulo siguiente, el daño es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, y su cuantificación resulta imprescindible para indemnizar; que no es más que la manera en que podemos equilibrar de forma conmutativa con la reposición *ad integrum* a su estado anterior (en la medida de lo posible), de quien no tiene el deber de soportar tal daño⁸⁸⁸. Hay que acudir, entonces al cálculo probabilístico, con una reducción de la indemnización “para valorar económicamente el daño causado por pérdida de oportunidad” (de forma autónoma)⁸⁸⁹. Esta es la pérdida de oportunidad que consideramos relevante a efectos de este trabajo: la que implica la lesión de la autonomía del paciente como bien jurídico dañado, por lo que tiene el carácter inequívoco de daño indemnizable.

⁸⁸⁶ PÉREZ VALLEJO, A. M., Responsabilidad médico-sanitaria y daños por pérdida de oportunidad, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo III, Capítulo 117, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 1137.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 1161.

⁸⁸⁸ *Cfr.*, PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, *AFDUAM*, 4, 2000, p. 190. Se refiere el autor a la Responsabilidad civil extracontractual como «institución elemental del Derecho Civil con la muy humilde finalidad de realizar la justicia *conmutativa* entre dañante y perjudicado», con la «primacía de la culpa» como excelente criterio de imputación (incluso en la responsabilidad Patrimonial de la Administración, contrariamente a la pretendida responsabilidad objetiva de ésta).

⁸⁸⁹ PÉREZ VALLEJO, A. M., 2021, *op. cit.*, p. 1162.

4.1.2. El daño moral

En palabras de Rodríguez Tapia, el daño moral “se produce cuando se priva a una persona de un bien patrimonial o extrapatrimonial de forma irreversible o irremplazable [...]. En la evidente, sencilla de entender y a veces automatizada esfera de los bienes de la personalidad y derechos fundamentales, así como en la responsabilidad contractual, con cierta resistencia.”⁸⁹⁰.

Si del daño corporal se tiene una noción bastante clara, el daño moral, por el contrario, tiene una definición mucho menos pacífica, cuya dificultad radica en su “capacidad para cambiar de significado, incluso dentro de un mismo país”⁸⁹¹. Díez-Picazo argumenta muy acertadamente que el daño moral es un concepto “nítidamente diferente del daño en sentido estricto, que es el daño patrimonial”, señalando el “criterio marcadamente restrictivo” que han seguido diferentes Códigos Civiles en el tratamiento de la indemnización por daño moral.”⁸⁹². Él es partidario del concepto estricto de daño moral: “daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en la que la indemnización carece de justificación”⁸⁹³.

Maciá Gómez afirma que, a diferencia del daño material, el moral es “aquel daño que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o su buena fama”. Explica que esta extraña dualidad de conceptos, que se diferencian jurídicamente como «daño

⁸⁹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., 2021, *op., cit.*, pp., 10-11.

⁸⁹¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 37.

⁸⁹² DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op., cit.*, pp. 324-329. «Así, por ejemplo, el Código italiano, recogiendo una regla que se encontraba en el Código civil alemán, preceptúa que el daño moral sólo se indemniza en los casos determinados por la ley, [...], en nuestro Derecho, la situación es obviamente distinta», haciendo alusión al reflejo del Código Civil francés que podemos mirar en el artículo 1902 y aunque se hace mención a éste en diferentes leyes especiales (la vigente Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; o la parcialmente derogada Ley de Ordenación de los Seguros Privados que «al baremar las indemnizaciones debidas como consecuencia de accidentes en la circulación de vehículos de motor ha tomado también para evaluarlo y baremarlo, el daño moral».

⁸⁹³ *Ídem.*

patrimonial» y «daño moral», “tiene importantes consecuencias legales” que estriba en la “muy distinta aptitud” del dinero “para restaurar la utilidad perdida”, en ambos casos (la apreciación económica del daño, afirma, es “el presupuesto central de la responsabilidad”). Así, en el caso de los daños patrimoniales, por definición, la disminución de utilidad es “compensable con dinero o bienes intercambiables por dinero”; mientras que el daño moral, “implica una reducción del nivel de utilidad, personal o íntima, que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a reparar.”⁸⁹⁴. De ahí se colige la dificultad que tiene su valoración en términos económicos, siempre difícil, como veremos en el capítulo siguiente.

Si bien es cierto que tradicionalmente han existido tensiones entre sectores doctrinales, acerca de la posibilidad de considerar como indemnizable el daño moral en la responsabilidad contractual⁸⁹⁵, ya de antiguo, Castán Tobeñas decía: “no faltan civilistas que entienden –con razón a (su) juicio– que, admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales.”⁸⁹⁶. Tal es la opinión compartida también por Morales Moreno, favorable a la cocepción del daño moral desde una óptica más amable, considerándolo en sede de indemnización en Responsabilidad contractual⁸⁹⁷.

Daño es daño. Y si se reconoce el daño moral como indemnizable en sede extracontractual, no tiene mucho sentido su exclusión en sede contractual.

Aunque esta aseveración no está exenta de objeciones. Rodríguez Guitián señala dos fundamentales: la primera, que las normas del Código civil, en sede contractual, parecen indicar lo contrario, pues el artículo 1106 CC señala el

⁸⁹⁴ MACIÁ GÓMEZ, R., “Concepto y evaluación del daño moral”, *Derecho.com*, 2009, enero, online, <https://www.derecho.com/articulos/2009/01/19/concepto-y-evaluacion-del-dano-moral/>

⁸⁹⁵ PUIG PEÑA, F., 1954, *op. cit.*, p. 218. Afirmaba que también era daño el causado sobre las personas, bien sea en su libertad, en su salud, etc. El problema es saber si los daños morales se pueden reparar económicamente y constituían daños indemnizables.

⁸⁹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁹⁷ MORALES MORENO, A. M., 2006, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

alcance cualitativo de los daños indemnizables (y parece que el mandato es reintegrar el patrimonio lesionado del acreedor, por lo que desde el punto de vista patrimonial, no parecería tener cabida el daño moral en sede contractual; si nos atenemos a la idea de patrimonio como un conjunto de bienes materiales nada habría que reintegrar). En segundo lugar, se objeta un concepto estricto de daño moral, que se ha restringido tradicionalmente a los sufrimientos o perturbaciones en la esfera psicofísica que resulta de lesiones a derechos de la personalidad y esto es “poco usual” en un incumplimiento contractual. Sin embargo, y es una excepción notable a esta objeción, que reconoce la autora, ciertos contratos en los que “de algún modo, directo o indirecto, están en juego derechos o bienes de la personalidad del acreedor”⁸⁹⁸.

Convendremos que el contrato de tratamiento odontológico podría ser una de estas excepciones (de hecho, es típico el caso de un “paciente que contrata los servicios de un médico”⁸⁹⁹, que cita a modo de ejemplo). Por tanto, el incumplimiento contractual puede causar, adicionalmente a los daños materiales, daños no pecuniarios, o daños morales.

⁸⁹⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual”, *Revista jurídica*, 2007, 15, pp. 243-259. Afirma la autora que “el concepto de derecho de la personalidad no está bien definido y sin duda hoy en día se confunde con los derechos fundamentales consagrados en la CE 1978”. Pero hoy día, está mucho más clara la identificación del Consentimiento informado como derecho fundamental, e incluso como derecho humano; por lo que estimamos ya estéril la discusión acerca de su indemnización en el seno de la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de tratamiento dental. La autora finalmente, apuesta por adoptar un concepto amplio de daño moral, proponiendo como límites la aplicación del artículo 1107 CC (previsibilidad del daño moral) y que éste tenga “cierta entidad”: son los *non-pecuniary losses*, “en ciertos grupos de casos en que el incumplimiento del contrato lleva consigo para el demandante una sustancial inconveniencia psíquica o molestia”, traídos del derecho anglosajón, “de manera que el daño moral sólo ha de indemnizarse cuando hay un incumplimiento total o gravemente defectuoso”. Todas estas pistas nos hacen sospechar que, desde el punto de vista contractual, cabe perfectamente la indemnización por daños morales, habida cuenta de la intensidad del menoscabo psíquico o psicofísico que posiblemente ocurra en el seno de un contrato de tratamiento odontológico defectuosamente cumplido, por la entidad del daño que pueda sufrirse y por la previsibilidad del mismo *ex ante*.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 247; *Vid.*, ATIENZA NAVARRO, M. L., 2021a, *op. cit.*, pp. 602-603. En la responsabilidad contractual, el art. 1106 CC hace referencia a dos elementos del daño que también han de indemnizarse en la responsabilidad extracontractual: el daño emergente (pérdidas) y el lucro cesante (beneficios dejados de obtener a consecuencia de la producción del daño). Los daños comúnmente se clasifican en patrimoniales (que afectan al patrimonio o a los bienes que lo integran) y morales, que “son los que afectan a la persona en cualquiera de sus esferas siempre que no sea la material o patrimonial”; entre los que incluye “el sufrimiento ocasionado por una deficiente atención sanitaria”, entre otros.

Ya avanzábamos al inicio de este capítulo la posibilidad de que uno de los daños indemnizables derivados del incumplimiento contractual fuera el daño extra-patrimonial, y dentro del mismo, concretamente, el daño moral.

Agón López defiende esta postura, tanto cuando se materializan daños no informados, en los que “puede exigirse responsabilidad médica”, como en aquellos casos en los que “la responsabilidad derive de la lesión del derecho a la autonomía del paciente, como consecuencia de la infracción del deber de información o del consentimiento informado”, afirmando que la doctrina y la jurisprudencia también lo plantean⁹⁰⁰.

Hay autores⁹⁰¹ que sostienen que la indemnización del daño moral tiene varias finalidades. Cuando sirve al principio de reparación integral, la «finalidad reparatoria», no lo es “en sentido estricto –la indemnización no puede reparar el daño moral, recuperar el equilibrio perdido, como sí lo hace en cambio, con el daño patrimonial– pero sí en su sentido más amplio: [...] todos los daños que sufre el perjudicado merecen una respuesta indemnizatoria proporcionada, incluso los no patrimoniales. [...], en segundo lugar, [...] una función de «prevención general»”⁹⁰²; e indirectamente puede tener un «efecto punitivo» que se parece mucho a los «daños punitivos», –institución (o escarmiento) en la que el Derecho español no debería entrar, por ser ajena a nuestro Sistema⁹⁰³– “porque, en muchas ocasiones, el daño a indemnizar es tanto más intenso cuanto más reprochable es la conducta del responsable”, dice Cavanillas Múgica, que señala otro de sus efectos: «la satisfacción de la víctima», de la que afirma que “ha ido ganando protagonismo en nuestros días” y, finalmente, una «función señalizadora» que “sirve a la construcción de una

⁹⁰⁰ AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 303 y ss.

⁹⁰¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., 2021, *op. cit.*, pp. 1394-1397.

⁹⁰² *Ídem*.

⁹⁰³ *Cfr.*, IZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 57. Recogiendo una idea de LLAMAS POMBO, afirma que esta «vieja institución del Common Law», se trata de una “mala traducción del inglés, en vez de la más correcta «indemnizaciones punitivas», y que “la mayoría de las decisiones” en el sistema anglosajón tienen “el propósito de que el causante del daño no vuelva a incurrir en similares conductas, al tiempo que disuade a terceros de hacer lo propio”.

sociedad más justa” por perseguir “el respeto que nos es debido y la tolerancia a la que estamos obligados” por la «pérdida de calidad de vida». Pero advierte que no solo es difícil su prueba directa (que “deberá basarse en presunciones”), sino que su cuantificación también es difícil por no haber sido “adquirido por un precio y ten(er) un valor de mercado” y que para que cumpla estas funciones “debe ser proporcionada, no arbitraria”, lo que en su opinión hace «deseables» los baremos; pues “cuando faltan esos baremos y los tribunales tienen que cuantificar un daño moral, el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión ha de estar debidamente motivada.”⁹⁰⁴.

Se ha intentado hacer una categorización de los «elementos esenciales exteriorizables del daño moral», como “los sentimientos de depresión de la autoestima, de vergüenza, de culpabilidad, de pena, de la dignidad lastimada, de privacidad violada, de incapacidad objetiva o subjetiva; el complejo de inferioridad, la sensación duradera de inseguridad, conductas compulsivas originadas con la ofensa, síndromes de ansiedad y/o ansioso-depresivos, alteraciones del sueño, consumo compulsivo o adicción a fármacos o drogas, el deshonor público o particular o el público desprestigio, el aminoramiento de la pública credibilidad, la disminución de la confianza externa, la limitación de las expectativas sociales ya adquiridas, la sensación de perder la vida y la frustración de no poder evitar una enfermedad que puede ser incluso mortal...”⁹⁰⁵. Martín Casals⁹⁰⁶, por ejemplo, realiza una distinción entre “«Daño fisiológico», «Pérdida de la calidad de vida» y «daño moral puro» no susceptible de valoración ni constatación médica, como la angustia o aflicción; salvo que se convierta en una enfermedad”⁹⁰⁷ (daño fisiológico, en su

⁹⁰⁴ CAVANILLAS MÚGICA, S., 2021, *op. cit.*, pp. 1394-1397.

⁹⁰⁵ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., 2018, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁰⁶ MARTÍN CASALS, M., *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, en AA.VV.; *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2011, pp. 108-110.

⁹⁰⁷ N.B. Esta semántica, por cuanto encierra una antonimia, llamando “fisiológico” a lo “patológico”, e introduce una indeseable distorsión léxica desde un punto de vista del lenguaje científico sanitario que puede inducir a error en el lector, al interpretarlo erróneamente a la luz de esta visión, sin percatarse de su significado jurídico. Dicho esto, jurídicamente, el daño personal (tanto patrimonial, como no patrimonial) provocado como consecuencia de la actividad sanitaria, mediando algún criterio de imputación entre una determinada actuación u omisión de un profesional sanitario por culpa o falta de cuidado, hará surgir la

terminología). Se trata de una lesión de un derecho o un bien de la personalidad de la que se deriva una afectación sicofísica (en clara alusión a un aspecto «interno» –dolor, pesar, angustia– y otro «externo» –disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior–), de muy difícil prueba “con el consiguiente riesgo de que a partir de puras ficciones aumente el número de pleitos y de las cuantías que se puedan demandar”⁹⁰⁸. En sentido similar, Hurtado Díaz-Guerra distingue entre el daño moral derivado de la lesión física «directo» (el perjuicio estético y el *pretium doloris*) o el «indirecto» (lesión o fallecimiento de un familiar –éste último sería el *pretium mortis*–), frente a “los *daños morales autónomos (inquietud, zozobra y otros estados de ánimo, relacionados con retrasos, extravío de pruebas diagnósticas, falsos resultados de pruebas, angustia por reintervenciones, o suspensión de intervenciones programadas; los provocadas por las listas de espera, o las ya comentadas «Wrongful Actions»; el daño moral por imposibilidad de tener descendencia; o el producido por el extravío, deterioro o privación del uso de material biológico o material genético)*”⁹⁰⁹.

Mingorance Gosálvez sitúa el daño moral dentro de la categoría de «daños no patrimoniales o extrapatrimoniales», en la distinción clásica en responsabilidad civil entre éstos y los «daños patrimoniales»⁹¹⁰. Tiene consideración jurisprudencial de daño autónomo que “no precisa concretarse en alteraciones patológicas o psicológicas previamente diagnosticadas”⁹¹¹.

A nuestro modo de ver, resulta coherente la existencia de un apartado dedicado escuetamente al daño moral en nuestra Tesis, por esta razón y en relación al hilo conductor de la misma: el artículo 1089 CC; pues si bien existe

obligación de indemnizar; pues, tal y como hemos expuesto, en nuestro sistema civil la responsabilidad nace del daño, presupuesto en función del cual se estudian los requisitos de la Responsabilidad civil.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 92-93.

⁹⁰⁹ HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., 2018, *op. cit.*, p. 190.

⁹¹⁰ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., Consideraciones sobre la reparación del daño moral, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo III, Capítulo 97, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 378.

⁹¹¹ *Cfr.*, STS de 17 de julio de 2009, ya citada anteriormente.

una obligación general del dentista de no hacer daño a otro, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un de tratamiento odontológico puede –en nuestra opinión–, generar daños tanto patrimoniales, como no patrimoniales o morales⁹¹².

Hay que tener en cuenta que nuestros tribunales reconocen daño moral como componente de la indemnización que se concede al perjudicado tras un tratamiento odontológico erróneo o negligente, bien como daño único, derivado de la frustración del contrato o bien, como molestias sufridas durante el mismo⁹¹³. A veces, como daño por pérdida de oportunidad, como acabamos

⁹¹² *Vid.*, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 1289; *Cfr.*, GÁZQUEZ SERRANO, L., “El daño en el Ordenamiento jurídico español ¿nuevos daños?” *Rev. Ibero-Latinoam. Seguros*, 26 (46), 2017, p. 216. Afirma la autora que “(c)considera el Tribunal Supremo español que el daño moral no deriva solo de la lesión de bienes de naturaleza extrapatrimonial, sino también de la lesión de intereses de naturaleza patrimonial, por lo que es perfectamente indemnizable el daño moral en el ámbito del incumplimiento contractual.”; El planteamiento no es nuevo, *Vid.*, SOLÉ FELIU, J., “El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2009, p. 29, online, www.indret.com. Defiende el autor que “la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual [...] no plantea dificultades graves en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el francés o el español, adoptan una perspectiva flexible en relación con el daño indemnizable, resulta más problemática en ordenamientos que, como el inglés o el alemán, adoptan un enfoque restrictivo [...] parece oportuno sostener como regla de principio la no exclusión de la indemnización de la angustia y de los sufrimientos que derivan del incumplimiento contractual, en coherencia con la solución adoptada por los PECL, los Principios de UNIDROIT y, más reciente, el Art. 8.108(2) del CFR”.

⁹¹³ *Cfr.*, por ejemplo varias SSAAPP, en concreto, la SAP de Gijón, núm. 8/2020, de 16 de enero (Roj: SAP O 325/2020 - ECLI: ES:APO:2020:325); que indemniza en sede contractual, el daño moral irrogado por la clínica dental demandada al incumplir la prestación del tratamiento de ortodoncia contratado, por interrupción del tratamiento dental; o SAP Madrid, núm. 249/2020, de 2 de julio (Roj: SAP M 7127/2020 - ECLI: ES:APM:2020:7127). En este caso, con estimación parcial del recurso de Apelación contra la aseguradora demandada, dice la resolución que son la frustración del contrato y las evidentes molestias sufridas por la recurrente derivada de los retrasos, errores en la toma de medidas y repeticiones de moldes, y, finalmente, por la interrupción del tratamiento pactado sin concluir, los que implican un «evidente perjuicio por el que debe ser resarcida la demandante»; pese a que no se constató que el tratamiento dental “a que fue sometida la recurrente fuera inadecuado o la técnica quirúrgica-protésica incorrecta, ni que se le causara lesión o menoscabo corporal alguno sobre la situación preexistente a la intervención de la clínica, por lo que no concurren los elementos de identidad de razón que pudieran justificar la aplicación a efectos orientativos del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que no se considera adecuado para fijar la indemnización en el presente caso. Tampoco existen secuelas.”. Dice la decisión que son la frustración del contrato y las evidentes molestias sufridas por la recurrente derivada de los retrasos, errores en la toma de medidas y repeticiones de moldes, y, finalmente, por la interrupción del tratamiento pactado sin concluir, implica un evidente perjuicio por el que debe ser resarcida la demandante. Es decir, se indemniza únicamente por daño moral derivado de la frustración del contrato de tratamiento dental; o la SAP Zaragoza, núm. 121/2020, de 19 de marzo (Roj: SAP ZA 135/2020 - ECLI: ES:APZA:2020:135), que estima el recurso de Apelación frente a una sentencia de instancia que desestimaba las pretensiones de la demandante contra una clínica dental, en un caso en que la paciente tuvo que cambiar de centro sanitario por el fracaso del tratamiento de implantes que le ocasionó un «malestar en la vida familiar y personal», considerándolo la Sala como perjuicio básico anterior al inicio del nuevo tratamiento, otorgando una indemnización por

de ver. Por lo que el daño moral tiene entidad suficiente para que dediquemos este apartado a su leve estudio.

Si bien es cierto, que existe una tendencia en nuestros tribunales a indemnizar el daño moral más fácilmente por vía extracontractual, que en el seno de una indemnización contractual. Algo tendrá que ver una estricta interpretación del artículo 1101 CC, en lo que se refiere al objetivo de indemnizar el interés positivo (reintegro del patrimonio material que ha sido lesionado, y no el reintegro de bienes inmateriales...), en una tensión entre el Código Civil y la Constitución, pues el artículo 1106 CC habla de reparar económicamente el daño emergente y el lucro cesante, con una interpretación literal en el contexto de la protección que nuestro CC tiene hacia las relaciones patrimoniales acreedor-deudor, en tensión con la protección integral que a la persona natural da la en su integridad física y moral garantiza nuestra CE. Hay que tener en cuenta que el daño moral se tiene en cuenta a la hora de calcular la indemnización. Lo interesante sería contar con criterios objetivos para calcular su cuantía, en lo que se refiere a daños dimanantes del incumplimiento contractual (o de la producción de daños en la esfera no patrimonial del paciente, cuando en contrato se cumple de forma defectuosa), porque como dice Díez-Picazo, a la irregular y escandalosa indemnización del daño moral, subyacen ciertos propósitos escondidos, como castigar al causante del daño o mitigar la carga de la prueba de ciertos daños patrimoniales⁹¹⁴. Por ahí van las tendencias de los PECLs (artículo 9:501), que introduce la indemnización de pérdidas no pecuniarias ante el incumplimiento contractual⁹¹⁵.

Lo contemplan también las sentencias de los tribunales en relación a la indemnización por daños como consecuencia de la actividad del dentista. Si bien es cierto que, sin una gran base de seguridad jurídica, y un poco a la manera de “cajón de sastre”; a través de cuya indemnización, el juzgador a la

este daño moral junto con la indemnización del «coste del nuevo tratamiento» para restaurar la salud bucal de la demandante, realizado una clínica dental diferente, a la que tuvo que acudir la apelante.

⁹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., 1999, *op., cit.*, pp. 102, 239-240.

⁹¹⁵ LANDO, O., y BEALE, H., (Ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 2000, pp. 434 y 436.

vez que “castiga” al dentista incumplidor, intenta resarcir moralmente al demandante, en una suerte de función punitiva encubierta hacia el productor del daño⁹¹⁶. En primer lugar, hay que aclarar, como afirma Barrientos Zamorano, que “se acepta por la doctrina en general, la expresión «*perjuicio no patrimonial*»”⁹¹⁷; explicando la gran influencia que tuvo el *Code* francés en la gran mayoría de países y que dicho concepto jurídico se identifica con el «*dommage moral*»; que tiene su origen en una interpretación latina surgida por influencia del Código Canónico, que intentó supeditar la responsabilidad civil a la responsabilidad moral y el fundamento de “la reparación del dañado cuando medie culpa o dolo del responsable o autor del daño”⁹¹⁸. Señala una “doble función del daño moral: punitiva para el autor del daño y resarcitoria para la víctima”⁹¹⁹. El problema está en que, en demasiadas ocasiones, la sentencia con pronunciamiento sobre daño moral es una «lotería»⁹²⁰, en la que unas veces toca el *premio gordo*, y en la mayoría, no toca ni *la pedrea*...

Hace años, Munar Bernat indicó la doctrina jurisprudencial consolidada acerca de la responsabilidad médica por omisión del deber de información, que se plasma en la STS de 4 de marzo de 2011⁹²¹, y que resume en cuatro puntos:

“1. La falta de información implica una mala praxis médica que no sólo es relevante desde el punto de la imputación sino que además es una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona.

⁹¹⁶ *Vid.*, CAVANILLAS MÚGICA, S., *Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos*, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 32, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 1395.

⁹¹⁷ BARRIENTOSZAMORANO, M., 2007, *op. cit.*, p. 38.

⁹¹⁸ *Ídem*.

⁹¹⁹ BARRIENTOSZAMORANO, M., 2007, *op. cit.*, p. 51.

⁹²⁰ *Cfr.*, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op. cit.*, p. 249.

⁹²¹ STS núm. 101/2011, de 4 de marzo de 2011, Id Cendoj: 28079110012011100176.

2. La decisión que afecta a la salud del enfermo le pertenece a éste y es él quien a través de la información que recibe adopta la decisión que considera más favorable a sus intereses, incluso en aquellos casos en que se actúa de manera necesaria sobre el enfermo para evitar consecuencias ulteriores. Lo contrario sería tanto como admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento según el estado de la ciencia, no exige consentimiento informado.

3. Si la única irregularidad es la falta o defectuosa información y no hay daño, no existe nexo causal y no se condena al médico que incumple el deber de información: «la falta de información no es per se causa de resarcimiento pecuniario, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica»

4, en el supuesto de que se haya producido un daño derivado de un riesgo sobre el que no se informó adecuadamente, las consecuencias de la falta de información varían en función de que se trate de una intervención de medicina asistencial o curativa, o de una actuación propia de la medicina voluntaria o satisfactiva, puesto que en esta última no cabe silenciar cualquier riesgo aunque sea de carácter excepcional, precisamente porque el paciente puede valorar la no realización de esa actuación o intervención médica, atendido el hecho de que pueda ser innecesaria o de necesidad relativa”⁹²².

Por otra parte, la confusión está servida cuando los diferentes autores se refieren al «daño personal no patrimonial» como «daños morales». Barrientos Zamorano⁹²³ fue uno de los primeros en deslindar ambos conceptos, concluyendo que “reducir la indemnización por daño extrapatrimonial al dolor no es correcto, ya que el dolor es una afección, es la forma como es afectada la persona por la disconformidad o asintonía con la estructura anatomofisiológica de la misma. [...] El dinero que se paga como

⁹²² MUNAR BERNAT, P. A., El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar, en LLEDÓ YAGÜE, F., y MORILLAS CUEVA, L., (Dirs.); MONJE BALMASEDA, Ó., (Coord.), Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 111-112.

⁹²³ Cfr., BARRIENTOS ZAMORANO, M., 2008, *op. cit.*, p. 102; BARRIENTOS ZAMORANO, M., 2007, *op. cit.*, p. 38. El autor en este último trabajo hace un listado de sinónimos que se utilizan en los distintos ordenamientos (*non-pecuniary loss or damage; non material injury, danos nao patrimoniais; Nichtvermögensschäden o niale*); pero que no significaban lo mismo en cada país, no coincidiendo la indemnización, incluso «*no monetaria*» en algunos de los países europeos, en la actualidad, dice, “para solucionar el problema de la denominación moral del daño, se acepta por la doctrina en general, la expresión de «perjuicio no patrimonial»

indemnización por daño moral no es una indemnización como la patrimonial. Simplemente quiere compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que ponga a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida. La reparación en dinero únicamente cumple un rol como medida común de los bienes, no reemplaza la aflicción”⁹²⁴.

Como perjuicio extrapatrimonial, Castillo Martínez afirma que esta figura puede derivarse del incumplimiento de un contrato, identificando unos “rasgos comunes” en la jurisprudencia en cuanto a la valoración del daño moral contractual y del daño moral extracontractual. A saber, que su valoración no puede alcanzarse meramente por prueba objetiva; que en modo alguno trata de reparar la disminución de un patrimonio moral, sino “más bien se dirige a compensar el dolor sufrido por la víctima”; el concepto de daño se vincula al perjuicio o menoscabo personal “como consecuencia de la acción u omisión de otra y que afecta a sus derechos bien personales o patrimoniales”. Y por lo tanto, finalmente apunta hacia que el daño moral “puede tener dos fuentes”, según derive de una relación contractual u obligacional, o bien puede derivar de un origen extracontractual, en caso contrario⁹²⁵.

Cavanillas Múgica señala al respecto de la valoración del daño moral, que además de basarse en los baremos legales y en otras resoluciones judiciales, podría existir un hasta ahora inexplorado “tercer referente del que los tribunales pueden servirse para su valoración: *la valoración social*” (extraída de encuestas sociológicas)⁹²⁶. Como acertadamente apunta Sánchez Gómez, su “valoración en dinero resulta especialmente compleja.”⁹²⁷. Cabe reseñar que su cuantificación la califica, literalmente, como una “lotería judicial” que “puede violentar el principio de seguridad jurídica, así como el

⁹²⁴ Cfr., BARRIENTOSZAMORANO, M., 2008, *op., cit.*, p. 102.

⁹²⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., El perjuicio extrapatrimonial: La problemática de su prueba y cuantificación (Cuestiones escogidas sobre el pretium doloris), en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I, Capítulo 31, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1366 y ss.

⁹²⁶ CAVANILLAS MÚGICA, S., 2021, *op., cit.*, pp. 1397-1398.

⁹²⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A., 1998, *op., cit.*, p. 249.

de igualdad, consagrados en los artículos 9.3º y 14 de la CE”⁹²⁸. Esta es la postura defendida por Díez-Picazo al reconocer que se trata de un “escándalo”; criticando abiertamente este “concepto «comodín»; concepto jurisprudencial, si es que se le puede llamar así, [...] pero que [...] sólo se le puede calificar como arbitrariedad”⁹²⁹, en su momento, afirmó que el “daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en la que la indemnización carece de justificación”⁹³⁰.

Ya avanzamos en la introducción que el daño moral derivado del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de un contrato tiene reconocimiento parcial y la doctrina lo acoge favorablemente en ocasiones.

Yzquierdo Tolsada, sobre el daño moral derivado del contrato expone “la idea de que cuando el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una obligación estipulada (*vgr.*, la del cirujano de intervenir con diligencia), o tiene su encaje en las obligaciones aunque nada se haya dicho expresamente en el contrato, forman parte también de él (así que el médico no viole el secreto profesional de su paciente), no debería haber necesidad de escapar de la órbita contractual para encontrar respuesta por la vía aquiliana”⁹³¹. El término «daño moral» muestra una “ambivalencia”: visto desde el punto de vista «objetivo», el daño moral se puede considerar el “que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos, definidos como bienes de valor inestimable, y con referencia a cualquier tipo de daño que puedan sufrir semejantes bienes tipificados”; mientras que desde el punto de vista de una «concepción subjetiva-consecuencialista», se puede ver como una “partida de daño susceptible de afectar a cualquier interés jurídico del acreedor, desde la propiedad privada hasta la salud mental; todo daño que no tenga

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 255.

⁹²⁹ Díez-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, pp. 14-15.

⁹³⁰ Díez-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, pp. 324-329.

⁹³¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, pp. 205-206.

consecuencias patrimoniales, por no ser commensurable en dinero” y que, por este motivo, ha estado mediatizada “(l)a indemnización del daño moral derivado de incumplimiento contractual”⁹³². Este autor, citando profusa jurisprudencia que avala el reconocimiento del daño moral derivado de incumplimiento, se refiere a una serie de «contingencias» en las que se indemniza por daño moral; entre otras, el “incumplimiento por el médico de sus deberes de información”, o el “incumplimiento del prestador profesional de servicios en medicina satisfactiva”⁹³³. Además, considera un «mal Derecho» la cosificación de la “independización del derecho a estar informado” de la indemnización por la oportunidad perdida: sostiene el autor que en realidad, lo que se indemniza en estos casos es el daño moral por pérdida de oportunidades (y, entre los ejemplos que apunta, menciona casos como los siguientes: “de haber vivido si la asistencia sanitaria hubiera sido óptima, de hallarse en otro estado si se hubiera prestado al paciente la información precisa para emitir un consentimiento informado, [...] la misma probabilidad se cosifica como título jurídico autónomo protegible por un derecho de resarcimiento. El resultado no es muy convincente, pues, aunque se acepte que se puede resarcir como daño moral la oportunidad perdida de conservar la vida, de no haber devenido parálítico [...], no se puede sostener seriamente que hay daño moral en la pérdida de oportunidad que el acreedor sufre, como consecuencia del incumplimiento del deudor...”⁹³⁴. La doctrina del daño moral contractual, afirma, “sirve para evitar la infracompensación absoluta del daño –y la impunidad del incumplimiento– cuando la naturaleza del contrato y la especificidad de la obligación incumplida son tales que inevitablemente resultan muy altos los costes de determinación del daño real [...]. Segundo, [...] está desempeñando larvadamente funciones punitivas, para sancionar al deudor (como) función directa de constricción a la prestación en buenas condiciones de servicios de interés general [...]. Tercero, el daño moral está

⁹³² CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, pp. 1348-1349. Añade el autor que «no sabemos con qué criterio actúan los tribunales, y aunque es sospechable que se atienen al criterio objetivo y no al consecuencial, la lista de los bienes de la personalidad que los tribunales está dispuestos a sustantivar es tan amplia, que finalmente no hay margen para diferenciar, entre uno y otro procedimiento».

⁹³³ *Ibid.*, pp. 1352-1353.

⁹³⁴ CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, p. 1355.

desempeñando [...] funciones que en otros sistemas cumplen los daños puramente nominales, que se conceden cuando no haya o no resulte probado daño alguno consecuente al incumplimiento. Cuarto, [...] para indemnizar por daños que posible o probablemente podrían haber sido evitados con una conducta lícita del deudor, sin que sea seguro que ello ocurriría”⁹³⁵.

Para el ámbito de consumo, donde queremos llevar el contrato, hay que recordar que el mencionado artículo 128 TRLDCU contempla expresamente el resarcimiento del daño moral derivado de la responsabilidad contractual fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios, en sede de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos. El artículo 129, a continuación, requiere que “éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado”. Es decir, que de fundarse su reclamación por la vía de consumo se exigiría que sea el usuario quien haya sufrido el daño moral por causa del servicio.

Finalmente, en el siguiente capítulo, tendremos oportunidad de referirnos a la valoración del daño moral, en el contexto de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre) y el tratamiento que da al daño moral, integrándolo en el concepto de «reparación integral», cuando en su Preámbulo critica el anterior baremo: “El principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados no es efectivo en toda su dimensión, provocando situaciones injustas y en ocasiones dramáticas, con una pérdida añadida de calidad de vida, cuando además, ya se ha sufrido un daño físico, psíquico y moral, y que impone el deber al legislador de encontrar las formas idóneas que garanticen el cumplimiento de tan importante principio”, elevándolo a “principio fundamental” en su artículo 33, cuando en el apartado 3, dice “El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante

⁹³⁵ *Ibid.*, pp. 1352-1354.

cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”, distinguiendo los «daños» morales – inherentes a las secuelas– de los «perjuicios» morales, en sus artículos 106 a 108 y 110.

4.1.3. El daño corporal

Por la propia naturaleza de la actividad sanitaria, los daños causados por la negligente actuación de un facultativo “serán fundamentalmente corporales, entendidos éstos como los que afectan a la integridad física o psíquica de la persona”⁹³⁶, incluyendo el daño muerte. Hernández Cueto y Villanueva Cañadas, señalan que, desde un punto de vista jurídico, la doctrina “se muestra más precisa al señalar que daño (corporal) es «un menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona en sus bienes naturales, en su propiedad o en su patrimonio y del cual haya de responder otra»”; añadiendo a continuación diversas definiciones jurisprudenciales de daño corporal:

“(SSTS 13 de junio de 1969, de 28 de febrero de 1973 y de 19 de marzo de 1979: «Toda alteración de la salud o enfermedad, tenga o no origen traumático»; «Toda acción u omisión que genere una pérdida o disminución de la integridad corporal humana, o que también cause una perturbación de la incolumidad o bienestar corporal sin menoscabo de la misma, o que produzca cualquier perturbación de la salud en el sentido más laxo y que consista bien en enfermedad física o psíquica» y «Toda acción u omisión que produzca cualquier perturbación en la salud humana en el sentido más laxo y que consiste bien en una pérdida o disminución de la integridad corporal, o por fin cause una alteración de la incolumidad o bienestar corporal, aunque no menoscabe la salud misma», respectivamente)”.

Como vemos, la jurisprudencia, si bien coincide esencialmente en establecer lo que deba entenderse como daño corporal, añade matices distintos al concepto, según se centre en el aspecto del daño que estudie: la lesión en sí, la acción u omisión que la produce, incluyendo finalmente la alteración del

⁹³⁶ GÓMEZ ABEJA, A., 1998, *op. cit.*, p. 248.

bienestar del dañado. Los autores concluyen citando «lo reseñado por Gisbert Calabuig, quien asumió el concepto médico-legal de daño al de disfuncionalidad o funcionalidad alterada», dándole los autores un significado en el sentido de “actividad alterada, operatividad alterada, capacidad alterada de expansión en el ámbito social, etc.”⁹³⁷. Laborda Calvo aclara “el concepto de daño corporal resulta de la confluencia de dos perspectivas, la médica y la jurídica” y se refiere a “cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional, es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana” y a “las consecuencias que un suceso traumático determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona”⁹³⁸.

Como hemos visto en el apartado anterior, la terminología usada por la doctrina⁹³⁹ distingue entre daños personales patrimoniales y no patrimoniales (lesión corporal psicofísica, incluido el daño muerte) que pueden llegar a producir un perjuicio patrimonial, con el alcance descrito en el artículo 1106 CC; es decir, daño emergente, como los gastos necesarios para la curación del daño corporal y lucro cesante por pérdida o disminución de ganancias patrimoniales a raíz del daño personal sufrido⁹⁴⁰.

⁹³⁷ VILLANUEVA CAÑADAS, E., y HERNÁNDEZ CUETO, C., Capítulo 39. *Problemas médico-legales de la valoración del daño corporal*, en VILLANUEVA CAÑADAS, E., (Ed.) *Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología*. 6ª ed., 516-533. Masson, Barcelona, 2004, p. 506.

⁹³⁸ *Vid.*, LABORDA CALVO, E., 2008, *op.*, *cit.*

⁹³⁹ *Cfr.*, DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, pp. 322-323. YZQUIERDO TOLSADA, M.; *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 484; LUNA YERGA, A., RAMOS GONZÁLEZ, S., y MARÍN GARCÍA, I., “Guía de Baremos, Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”, *InDret.*, nº 3, 2006, p. 4; PEÑA LÓPEZ, F.; “Límites constitucionales y sistemáticos de los “baremos” para la valoración de daños a los bienes de la personalidad en los regímenes de responsabilidad civil (a partir de la doctrina del TC y del TS sobre el baremo de la LRCSCVM)”, *Derecho Privado y Constitución*, ISSN 1133-8768, nº 25, 2011, p. 66; PARRA SEPÚLVEDA, D., *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 335 y 380.

⁹⁴⁰ *Cfr.*, CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op.*, *cit.*, pp. 1316 y ss.

El daño corporal como consecuencia de la actividad sanitaria puede ser permanente o reversible. Si se trata de un daño reversible, hablamos de una lesión. Esa lesión tendrá un periodo de curación o estabilización. Si hablamos de un daño permanente («daños permanentes o duraderos», en ocasiones denominados también «originarios o primarios»), la jurisprudencia los define como “todos aquellos que se producen y manifiestan en un momento determinado, si bien pueden persistir sus efectos a largo del tiempo, incluso son la posibilidad cierta «de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado»”⁹⁴¹; con cita de la SAP Madrid, Sección 14ª, de 13 de octubre (AC 2014, 1717). Coincidimos con Borrego Aparici y colaboradores en que “intentar conceptualizar el daño a las personas es un objetivo difícil”, debido principalmente a que “el bien dañado, ya sea la vida, la salud o la integridad física y psíquica, es extraordinariamente complejo, siendo muchos los elementos que forman parte del mismo”, por lo que “establecer una definición o concepto de daño corporal es ciertamente complicado”, definiéndolo como «cualquier alteración somática o psíquica que perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, tanto en lo orgánico como en lo funcional, incluyendo cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana»⁹⁴².

Otro aspecto a considerar, no tanto desde el punto de vista del propio daño corporal, sino desde el apartado sobre su valoración que abordamos en el capítulo siguiente, es el problema de los «daños continuados», dentro de la

⁹⁴¹ AVILÉS GARCÍA, J., Problemas hermenéuticos de los daños continuados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en ATAZ LÓPEZ, J., y COBACHO GÓMEZ, J. A., (Coords.), Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón, Tomo I, Capítulo 12, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, p. 514.

⁹⁴² BORREGO-APARICI, R., BARQUERO-SÁNCHEZ-IBARGÜEN, M. T., DOMÍNGUEZ-PALACIOS, E., y AUMESQUET-CORNELLO, A., “Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros. Valoración médica del daño, tablas y baremos de valoración”, *Rehabilitación (Madr)*, 2008, 42(6), p. 316. Centrándose en su dimensión jurídica (es decir, el concepto médico-legal del término), estos autores (con cita textual de RODRÍGUEZ M. *Manual del perito médico. Fundamentos jurídico-prácticos*. J. M. Bosch editor, S.A. Barcelona, 1991). Cfr., BARRIENTOS ZAMORANO, M., 2008, *op. cit.*, p. 102.

catalogación que el Tribunal Supremo realiza entre daños permanentes, continuados y tardíos⁹⁴³.

En definitiva, el daño corporal desde el punto de vista jurídico, cuya valoración y cuantificación es objeto de la actuación de la Valoración Médica Corporal alcanza “definiciones muy completas y diversas del concepto de daño corporal, que abarcan un origen traumático del daño, un aspecto funcional y una perspectiva social y médico-legal del mismo”⁹⁴⁴ y apoyándose en su asimilación al concepto de «disfuncionalidad» que hace Gisbert Calabuig, ya mencionado; es decir, de alteración de la funcionalidad que “conllevaría una alteración de la actividad y de la capacidad de la persona en su entorno social” y añade que “su estudio y estimación compete exclusivamente a la Medicina”⁹⁴⁵. *Desideratum* que creemos arriesgado y algo desacertado, al menos en relación al daño en la esfera odontoestomatológica; por cuanto la valoración del daño dental (dentro de la valoración del daño corporal), no sólo está vedada a los médicos por mor de la reserva legal establecida a los Odontólogos (en sus funciones de diagnósticas establecidas en la Ley 10/1986, de 17 de marzo), sino que los tribunales en el ejercicio de las reglas de la sana crítica, generalmente tienen en cuenta que la pericia dental prevalece (por mero criterio de especialidad), incluso sobre el dictamen del médico forense, si se tratase de un médico forense sin formación en un campo tan especializado como la Odontología⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Cfr., AVILÉS GARCÍA, J., 2021, *op. cit.*, p. 509.

⁹⁴⁴ MORENO MARTÍN, J., *Situación actual de la valoración médica del daño corporal*. Tesis doctoral Universidad de Málaga, 2015, p. 9 (RiUMA. <http://hdl.handle.net/10630/11909>); Cfr., HERNÁNDEZ CUETO, 1997, GISBERT CALABUIG, J. A., 1984, ALCÁZAR, A., 2001; llegando a recoger (pp. 9 y 33) el sentir de HERNÁNDEZ *et al.*, 2001, acerca de que “su estudio y estimación compete exclusivamente a la medicina”. [Con cita de HERNÁNDEZ CUETO C., 2001, *Valoración Médica del Daño Corporal. Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados*, 2ª ed. Masson, Barcelona; y SALVAT PUIG, J., GONZÁLEZ VICENTE, S., MUÑIZ FERNÁNDEZ, C., y MUÑOZ GARRIDO, R., *Ética profesional del médico en la Valoración del Daño Corporal*, en Fundación Mapfre Medicina. *VI Jornadas sobre Valoración del Daño Corporal*, Mapfre, Madrid, 2005, pp. 27-72.].

⁹⁴⁵ MORENO MARTÍN, J., 2015, *op. cit.* 208 pp.

⁹⁴⁶ Cfr., CORPAS PASTOR, L., 2021, *op. cit.* La Ley 44/2003 cita expresamente, remitiéndose a la Ley 10/1986, de 17 de marzo, que “tienen carácter de profesión sanitaria la de protésico dental y la de higienista dental”. Por lo tanto, legalmente, no puede sostenerse que la valoración del daño dental sea una actividad vedada a los Titulados en Odontología, y equivalentes. Una mirada atenta al artículo 6.1 de la Ley 44/2003, refuerza esta hipótesis: pues establece que le corresponde “a los Licenciados sanitarios”, “la prestación

4.1.4. El daño desproporcionado

Bajo los presupuestos de la relación clásica entre dentista y consumidor y siguiendo el hilo conductor de este trabajo, a partir del consentimiento informado, nace un contrato de servicios de asistencia dental o contrato de tratamiento odontológico⁹⁴⁷ (de configuración aparentemente simple, pero que envuelve frecuentemente diversas relaciones y contratos conexos). A consecuencia de su cumplimiento defectuoso, puede surgir como consecuencia de la actividad del dentista un daño indemnizable que, siendo infrecuente o desconocido, no tiene por qué formar parte de la información suministrada; pero que –de concretarse–, el propio daño puede considerarse suficiente para declarar la responsabilidad del dentista.

El daño desproporcionado se trata de un artificio jurisprudencial para dar respuesta a casos flagrantes en los que, por mera justicia material, el profesional es considerado culpable; salvo prueba de que actuó con sujeción a las reglas de la *lex artis ad hoc*. Es decir, la prueba de la culpa del profesional se realiza a través de una presunción de la misma en la que el juzgador está firmemente convencido de ello, por lo inexplicable del daño, en relación al procedimiento realizado. Es decir, un daño producido como consecuencia del tratamiento dental, que resulta desmesurado en relación a lo normal, hace nacer el convencimiento íntimo en el Juez (de forma indiciaria) que ha

personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso”. Por su parte, el artículo 340.1 LEC, dice expresamente: “Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste”. Por ello estimamos que la pericia dental, en la que se inserta la evaluación del desarrollo global del proceso de tratamiento dental (y, por tanto, de la valoración del daño dental), le corresponde exclusivamente al Dentista. Finalmente, creemos que queda meridianamente claro que no solamente las personas con Título de Licenciado (ahora Graduado) en Odontología, sino las que ostentan el Título de Técnico Superior en Higiene Bucodental, ya que éstos últimos, tienen atribuidas entre sus funciones “la realización de exámenes de salud” y “determinadas funciones técnico-asistenciales como Ayudantes y Colaboradores de los Facultativos Médicos y Odontólogos” por lo que, en nuestra opinión, también podrían realizar la determinación de la valoración del daño dental, como una “función técnica” que podría serle delegada al Higienista dental, en su vertiente de “colaboradores de los facultativos con una formación especializada en este campo concreto.

⁹⁴⁷ N.B., para una indefinición interesada sobre si estamos en sede de tratamiento necesario o satisfactivo, pues la prestación comprometida no cambia en ningún caso: se trata de una prestación de hacer del deudor, que se agota en sí misma cuando se atiende a realizarla conforme a la diligencia exigida de una buena *praxis ad hoc*; pero con obligación de informar con mayor intensidad en el segundo caso, por exigencias éticas, legales y de configuración jurisprudencial.

existido una inobservancia de la *lex artis* y, por tanto, un cumplimiento defectuoso de la diligente prestación de hacer comprometida.

Según Díaz-Regañón, “requiere que se produzca un resultado anormal conforme a los que es usual”⁹⁴⁸. La jurisprudencia exige para su apreciación, además de este daño inesperado o no previsto, “que tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de acción o campo de actuación del médico responsable; la falta de intervención del paciente en la producción del daño y la ausencia de una explicación satisfactoria por parte del facultativo de la causa del daño”⁹⁴⁹. Es, como apunta lacónicamente LLamas Pombo, una auténtica *probatio diabólica*⁹⁵⁰.

El Tribunal Supremo ha sentado una doctrina consistente hasta ahora sobre el daño desproporcionado:

“El daño desproporcionado -STS de 19 de julio de 2013- es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* «de la relación de

⁹⁴⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., 2005, *op. cit.*, p. 120. *Vid.*, RODRÍGUEZ GARCÍA, M., 2013, *op. cit.*, p. 200. Esta figura dogmática parte de “la existencia de un daño de envergadura considerable, siempre que, además, su producción *presuma un acto negligente*”.

⁹⁴⁹ SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., 2013, *op. cit.*, p. 240. *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 55. Explica que no hay objetivización absoluta de responsabilidad, sino de “*apreciación de la culpa*, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos acreditados por prueba pericial”, con cita de la STS de 8 de mayo de 2003. *Cfr.*, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 396 y ss., quien sitúa esta figura en sede de la prueba de la culpabilidad (a diferencia de la «pérdida de oportunidad», en sede de la prueba de la causalidad, o de la relación de causalidad). *Vid.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 277-301; afirma que “tiene por finalidad eludir las frecuentes dificultades probatorias con que topa el paciente demandante en los procesos relativos a posibles responsabilidades médico-sanitarias”.

⁹⁵⁰ *Vid.*, ampliamente, LLAMAS POMBO, E., 2010, *op. cit.*, pp. 215-218. *Cfr.*, RODRÍGUEZ GARCÍA, M., “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, *Anuario Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá* VI, 2013, p. 200. Explica que esta figura actúa “produciendo un alivio al paciente del *onus probandi*, dado que la prueba en ocasiones se convierte en una verdadera *probatio diabólica*”.

causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/2005; 27 de diciembre 2011, rec. núm. 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico», «sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)» (STS 23 de octubre de 2008, rec. núm. 870/2003)».

Las cosas hablan por sí mismas: la regla de *res ipsa loquitur*⁹⁵¹ es frecuentemente utilizada por los jueces para declarar la existencia de una negligencia si íntimamente llegan al convencimiento de la culpabilidad del profesional, meramente por el hecho de la aparición de un efecto adverso no típicamente relacionado con su actuación (con el procedimiento realizado) para el que no existe explicación en su causación, pero ocurre inmediatamente después de la intervención facultativa y de ello se infiere por el Tribunal, como presunción desfavorable⁹⁵², la culpabilidad del sanitario.

La STS de 19 de diciembre de 2018, se refiere al daño desproporcionado, de la siguiente manera:

“Por haberse sugerido en la demanda la aplicación de doctrina del daño desproporcionado al caso de autos, conviene tener en consideración que, conforme a jurisprudencia pacífica y consolidada, de la que son exponentes, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 30 de abril de 2013 , 4 de diciembre , 2 y 12 noviembre , 17 de septiembre , y 9 de marzo de 2012 , las reglas generales sobre la carga de la prueba se excepciona(n), recayendo sobre la parte demandada la carga de acreditar que la prestación sanitaria se ha acomodado a la «*lex artis ad hoc*», en aquellos casos en que el daño del paciente es desproporcionado o clamoroso «ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla <*res ipsa loquitur*> (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla <*Anscheinsbeweis*> (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la <*faute virtuelle*> (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta

⁹⁵¹ Vid., BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁵² Cfr., LUNA YERGA, Á., y SALVADOR CODERECHE, P., (Pról.), 2004, *op. cit.*, p. 259.

negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción»⁹⁵³.

Una vez más, estamos ante una pirueta para jugar con la imputabilidad, o más bien, para no hacer saltar por los aires la prueba de la culpa. Y una advertencia: la argumentación de un daño desproporcionado en cualquier demanda por responsabilidad sanitaria exige como requisito no sólo la constatación de la ausencia de prueba disponible, sino una auténtica certeza en cuanto a la realidad de la desproporción del daño, así como de una mera hipótesis de una muy probablemente concurrente conducta profesional negligente o alejada de la *lex artis ad hoc*⁹⁵⁴. Pero “no constituye una absoluta inversión de la carga de la prueba ya que el paciente debe probar, en todo caso, la realidad de daño y su desproporción”⁹⁵⁵.

Elizari Urtasum, respecto a esta figura y el tema de nuestro estudio, sostiene que “si el riesgo que se ha materializado era «probable en condiciones normales», el paciente debió ser informado sobre el mismo, y la falta de información y posterior consentimiento sobre el concreto riesgo constituirán infracción de la *lex artis ad hoc*. Si por el contrario, el riesgo materializado es anómalo o imprevisible, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no se trata de riesgo probable y no cabe incluirlo entre los

⁹⁵³ STS núm. 1820/2018, de 19 de diciembre (Id Cendoj: 28079130052018100475).

⁹⁵⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 396 y ss. Se refiere al daño desproporcionado, directamente, como «culpa virtual»; y más concretamente como “la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente [...], revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados”. En esta línea, *Vid.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 277-301. Afirma este último también que se trata de “apreciar una «culpa virtual» (*faute virtuelle*) o de una «apariencia de prueba» (*Ancscheinsbeweis*) o conseguir una «prueba presuntiva» (modelo italiano) de tal manera que si en una actuación sanitaria se produce un resultado claramente desproporcionado respecto a la finalidad por la que se realizó es posible desprender la responsabilidad del autor”, en una suerte de inversión de la carga de la prueba, pues el *onus probandi* cae en la parcela del sanitario (supuesto productor del daño, a todas luces), y no en la de quien padece dicho daño.

⁹⁵⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., 2013, *op. cit.*, p. 240. *Vid.*, BELLO JANEIRO, D., 2009, *op. cit.*, p. 55. Explica que no hay objetivización absoluta de responsabilidad, sino de “*apreciación de la culpa*, deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos acreditados por prueba pericial”, con cita de la STS de 8 de mayo de 2003. *Cfr.*, GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 396 y ss., quien sitúa esta figura en sede de la prueba de la culpabilidad (a diferencia de la «pérdida de oportunidad», en sede de la prueba de la causalidad, o de la relación de causalidad). *Vid.*, LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 277-301; afirma que “tiene por finalidad eludir las frecuentes dificultades probatorias con que topa el paciente demandante en los procesos relativos a posibles responsabilidades médico-sanitarias”.

riesgos de los que debe ser informado el paciente pero dará pie a la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.”⁹⁵⁶.

Como sostiene Sánchez García, el daño desproporcionado “(d)ebe restringirse, exclusivamente, a los resultados extraños, no previsibles, atendiendo a lo que es usual «según las reglas de la experiencia y del sentido común», independientemente de la gravedad del daño. Se descarta la desproporción cuando el riesgo materializado es conocido para el tipo de intervención realizada”⁹⁵⁷.

Para terminar, en línea con nuestra concepción del contrato de tratamiento odontológico como un contrato de consumo, sería de aplicación el artículo 148 TRLGDCU por funcionamiento anormal de un servicio sanitario ante un caso de daño desproporcionado, y pese a que Galán Cortés sitúa esta figura, como hemos dicho, en sede de la prueba de la culpabilidad⁹⁵⁸; coincidimos con Elizari Urtasum, en que efectivamente “(s)i la responsabilidad se configura verdaderamente como objetiva, no es exigible la prueba de la culpa, por lo que la doctrina del daño desproporcionado pierde parte de su utilidad y sólo conservaría virtualidad en relación a la prueba de la causa. Otra cuestión es que la jurisprudencia en muchos casos se resista a renunciar a la culpa”⁹⁵⁹, en línea con lo antedicho. Sea como fuere, y atendiendo a que la responsabilidad del dentista puede exigirse accionando tanto en sede extracontractual, como contractual, ante la presencia de un daño desproporcionado, podría igualmente recurrirse a la legislación de consumo⁹⁶⁰,

⁹⁵⁶ Cfr., ELIZARI URTASUM, L., *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 44 y ss. *Vid.*, REYNAL REILLO, E., 2017, *op. cit.*, p. 216, con cita de la STS 379/2005 de 26 de mayo (Rec. 3971/1998 [RJ 2005, 6389], que cita a su vez la STS 593/1999, de 29 de junio (Rec. 3471/1994 [RJ 1999, 4895], la cual hace referencia a su origen en el *common law*).

⁹⁵⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., “El daño desproporcionado”, *Rev. CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 240 (<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>).

⁹⁵⁸ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, pp. 396 y ss.

⁹⁵⁹ ELIZARI URTASUM, L., 2012, *op. cit.*, p. 226.

⁹⁶⁰ *N.B.* Otra cosa será que los jueces la tomen en consideración... porque ellos quieren “culpa” (es decir, probando la negligencia del dentista, se facilita la condena al centro sanitario).

que recordemos, es compatible con las demás acciones. Insistimos en la idea que nuestro Tribunal Supremo huye de cualquier clase de objetivación de la responsabilidad sanitaria, dejando esta construcción jurisprudencial únicamente para aquellos casos en los que se pueda *inferir* una culpabilidad del profesional sanitario cuando la génesis del resultado dañoso no puede explicarse científicamente, muy próximo a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Es entonces cuando se invierte la carga de la prueba, obligando al profesional a probar que actuó con toda la diligencia exigible, dentro de la *lex artis ad hoc*. Sólo entonces será exculpado.

La ya citada STS de 24 de noviembre de 2016⁹⁶¹, relativa a un paciente que previamente a una intervención de implantes había superado once años atrás, un cáncer con radioterapia en cuello y mandíbula que se realizó un tratamiento de implantes, a consecuencia del cual sufrió una complicación producida a causa de una dehiscencia de suturas que le provocó una osteonecrosis, circunstancia fortuita no achacable a mala praxis, quedando como secuelas cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitándole para hablar, abrir la boca y comer con normalidad. La Sala desestima un motivo alegado de daño desproporcionado, invocado como criterio de imputación de responsabilidad, porque había habido una explicación y justificación suficiente del daño (la vasculopatía periférica generalizada que era por completo imprevisible), pero cuyo mecanismo de producción se explicó convenientemente.

Finalmente, decir que junto a la pérdida de oportunidad estos dos institutos son de ordinario invocados por los demandantes de una indemnización en procedimientos por responsabilidad sanitaria, cuando la dificultad probatoria les privaría del resarcimiento del daño corporal injustamente sufrido. Lo que ocurre es que los tribunales repugnan cualquier objetivación de la responsabilidad sanitaria, como hemos sostenido a lo largo de este trabajo y se exige un *plus* de culpa subjetiva; por lo que estas figuras

⁹⁶¹ STS núm. 698/2016, de 24 de noviembre de 2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª. Recurso de Casación 455/2014. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. (Id Cendoj: 28079110012016100670, Referenciada también en Aranzadidigital.es como RJ\2016\5649).

son de aplicación muy restrictiva, pero sin embargo caben en la jurisprudencia por cuestiones de mera justicia material y tras un análisis razonado por el órgano jurisdiccional correspondiente, con examen de los requisitos correspondientes.

Mi opinión sobre el daño desproporcionado, está en línea con la propuesta del DCFR: siempre que exista un daño indemnizable, debe responder el que lo haya causado. Lo que ocurre es que, para ser indemnizable, no solamente debe probarse su certeza y cuantificarse en términos económicos, sino que, en nuestro Derecho, se necesita un medio de imputación y la demostración de un nexo causal entre la conducta del infractor y el daño producido.

En cualquier ciencia médica es conocido la existencia de riesgos importantes que corre el paciente en su propia integridad.

El consentimiento informado no juega en la partida del daño desproporcionado, pero, en mi opinión, el TRLDCU sí que juega: su aplicación a los servicios médicos por parte de la jurisprudencia es muy restrictiva, y solo se permite acudir a las previsiones de su artículo 148 en cuestiones no dependientes de la propia actividad contratada, sino de aspectos organizativos y de funcionamiento... Pero eso no es lo que dice la ley. Es lo que interpretan los jueces, ¡que no es lo mismo!

4.2. El daño en odontoestomatología

Dicho lo anterior, vamos a centrarnos ahora en el daño a la salud como consecuencia directa de la intervención del profesional sobre el destinatario de su actividad: el daño al usuario de los servicios dentales.

Es de todos conocido, que las intervenciones diagnósticas y terapéuticas bucodentales no están exentas de riesgos que envuelven tanto el menoscabo físico, como el psíquico de la salud del paciente dental. La concreción de alguno de estos riesgos en daños personales sitúa al usuario en una posición en la que ha sufrido un menoscabo en su salud, su patrimonio o en su bienestar emocional, que si no tiene el deber de soportarlo (daño antijurídico), habrá

que indemnizarle en la medida que se restablezca en la posición al estado anterior que tenía con carácter previo a la intervención dental, y según el estado que haya quedado su situación tras dicha intervención productora de tal daño, en comparación con aquella.

Todo ello porque aún en sede de responsabilidad contractual (en la que la medida del daño es el interés positivo del acreedor), dicho interés comprende únicamente dejarle en una posición como la que hubiera tenido de haberse cumplido el contrato. Pero resulta que en el especialísimo contrato que estamos estudiando, el paciente puede sufrir daños extrapatrimoniales derivados de la ejecución incorrecta de la prestación que debía haber sido diligente del dentista (o de terceros implicados de alguna forma en la ejecución del contrato): entonces, en estas circunstancias ¿es el interés positivo la medida del incumplimiento? La respuesta no puede ser sino afirmativa, pero con una salvedad: el dentista incumplidor, si ha sido poco diligente en su desempeño profesional (no digamos dolosamente, pero sí culpable) habrá de afrontar las consecuencias de su negligencia: tendrá que indemnizar el interés positivo (sí), pero éste incluye exactamente el pago de una suma que deje al acreedor en la posición en la que estuviese si se hubiera cumplido el contrato. Por lo tanto, los daños extrapatrimoniales (corporales o morales) que hubiera sufrido el acreedor, deberían ser computados en ese interés positivo (y, por tanto, formar parte de la valoración económica de la indemnización correspondiente, en mi opinión).

Tenemos que realizar, por tanto, un análisis objetivo del daño material en Odontología, si partimos de la base de que las actuaciones dentales involucran riesgos para el bienestar, la salud o la integridad corporal física o psíquica del consumidor de asistencia dental o de los posibles perjudicados.

Describiremos en el capítulo siguiente, sobre la indemnización del daño dental, la evolución de los procedimientos para su valoración hasta llegar al estado actual de la cuestión, para finalmente intentar dar una visión propia y consecuente: la concreción de alguno de estos riesgos en daños personales, junto con la demostración del nexo causal con las acciones u omisiones del profesional que atiende al sujeto; y la imputación objetiva y subjetiva del daño

a dicha conducta, dará lugar al nacimiento de un derecho de crédito a favor del paciente/cliente/consumidor de asistencia dental frente al responsable.

Partiendo de una casuística probable, a través de los riesgos descritos en los consentimientos informados y otras publicaciones del Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España y los riesgos que se mencionan en los consentimientos específicos de los diferentes procedimientos dentales que se describen en los documentos elaborados por las diferentes sociedades científicas de las "especialidades" odontológicas⁹⁶², pasamos a realizar una somera descripción de los posibles daños personales en el perjudicado por una actuación diagnóstica o terapéutica dental, según sea el correspondiente procedimiento.

Una vez probado el daño, existiendo un contrato entre el usuario y el dentista, podrá accionar los mecanismos que proporciona el Ordenamiento, recurriendo a las normas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, pero también a las de defensa de consumidores y usuarios, en nuestra opinión.

4.3. El daño dental indemnizable

Morales Moreno, sobre el daño indemnizable en la responsabilidad contractual, afirma que la dogmática actual utiliza la doctrina alemana del «fin de protección del contrato», mediante la atribución de riesgos que realiza el contrato en su configuración; utilizando el criterio de previsibilidad. Es decir, conforme a aquellos daños previstos o previsibles en el contrato⁹⁶³. Es en este marco donde debemos “encajar, en cada caso, el interés del acreedor configurado y protegido por el contrato, cuya lesión por incumplimiento puede

⁹⁶²Cfr., COUNCIL OF EUROPEAN DENTISTS. *EU Manual of Dental Practice*. Edition 5.1. 2015; p. 42. Hay que aclarar que España y Luxemburgo son los únicos Estados de la Unión europea que no reconocen especialidades dentro de la Odontología. Teniendo en cuenta que Luxemburgo ni siquiera tiene facultad de Odontología, podemos afirmar que España es el único País de Europa que no reconoce las “especialidades” odontológicas como “Ortodoncia”, “Cirugía Oral”, “Cirugía Oral y Maxilofacial”, “Odontopediatría”, “Endo/periodoncia”, “Prótesis”, “Odontología de Salud Pública” y otras tampoco reconocidas en el resto de Europa; como “Odontogeriatría”, “Odontología Deportiva”, “Odontología Estética”, etc.

⁹⁶³ MORALES MORENO, A., 2010, *op. cit.*, pp. 93-94.

generar un daño indemnizable”⁹⁶⁴, en líneas generales; en atención a lo normalmente no previsto contractualmente, y por tanto, tributario de una interpretación (que ilustra, como ya hemos explicado el artículo 1107 CC), pero que en todo caso, habrá que hacer “a falta de una indicación expresa”. El problema que se plantea ahora es la existencia de dicho daño resarcible en el seno del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de tratamiento odontológico.

Recordemos que Castán Tobeñas enumeraba las condiciones para que “haya lugar al resarcimiento de daños y perjuicios” en sede de responsabilidad contractual: la existencia de un incumplimiento culpable de la obligación, que no se pueda obtener el cumplimiento de forma específica, junto con la existencia de un daño resarcible; y, finalmente, que “se dé una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de la obligación y los daños sobrevenidos”⁹⁶⁵.

LLamas Pombo sostiene que el daño constituye la esencia de la responsabilidad civil, pero para poder ser objeto de resarcimiento es necesario que su certeza⁹⁶⁶.

El daño que nos interesa estudiar es el que da lugar al reproche jurídico sobre una conducta de un sujeto, que ha infringido una norma del ordenamiento⁹⁶⁷, y por lo tanto debe indemnizar al dañado.

Hay autores que sostienen que el daño dental indemnizable (daño cierto y antijurídico que haya que resarcir) incluye “varios conceptos”, tales como la generación de «lesiones», «agravación de complicaciones», «agravamiento de procesos patológicos preexistentes», «contagio de enfermedades» o «la

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 95.

⁹⁶⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op. cit.*, p. 241.

⁹⁶⁶ LLAMAS POMBO, E, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p. 231.

⁹⁶⁷ *Cfr.*, entre otros, ampliamente, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 29; GARCÍA GARNICA, M. C., 2020, *op. cit.*, p. 36; LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 323 y ss.; MACÍA MORILLO, A., 2005, *op. cit.*, pp. 145-207.; GALÁN CORTÉS, J. C., 2001, *op. cit.*, p. 381; SANZ ENCINAR, A., 2000, *op. cit.*, p. 54.

prolongación de un proceso patológico» y, aunque habitualmente, afecta al paciente, el daño en el seno de un tratamiento dental, hay otros perjudicados, como pueden ser la familia o la seguridad social, “que han de hacer frente al incremento de los gastos”⁹⁶⁸.

Lo primero que debemos analizar es el daño que produce el dentista que incumple la *lex artis*, al incumplir la obligación ética y legal, derecho fundamental del paciente al consentimiento informado. Se trata de una lesión autónoma y, por tanto, debe indemnizarse por la lesión al derecho a la autonomía personal. Pero a su vez, es prueba de la infracción de la *lex artis*, por lo que, en nuestra opinión, en ausencia de un consentimiento informado válido, ya se ha demostrado la mala praxis y se deberá indemnizar por todo el daño causado en la ejecución del contrato.

Esto es, sin consentimiento informado (o ante un defecto del mismo), se debería trasladar al deudor de la obligación todas las consecuencias dañosas de su actuación, sin distinción entre si nos encontramos en odontología necesaria o satisfactoria, porque su defecto configura la distribución de riesgos de forma completamente diferente, y en estos casos, sería el dentista quien los asumiera, en mi opinión.

Según la jurisprudencia, esto no es así, y ya lo hemos comentado, porque en la gran mayoría de los casos, el daño indemnizable se circunscribe al daño patrimonial, y al extrapatrimonial, cuando se concretan riesgos no informados.

Ahora bien, el problema está en conectar este defecto en el consentimiento informado con el daño corporal que pueda sufrir el acreedor cuya prestación debida se encuentra incumplida *ab initio*, precisamente por el defecto de tal consentimiento informado y a su vez, combinarlo con la satisfacción del interés insatisfecho del acreedor y ver si este va a poder ejercitar la acción de cumplimiento (forzoso), su «reemplazo» *in natura*, o su

⁹⁶⁸ PEREA, B., *Responsabilidad Profesional en Odontología*, en Fernando Bandrés: *Lecciones de Medicina Legal*, Ed. Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria Facultad de Medicina (U.C.M.), Madrid 2001, p. 171.

conversión monetaria, junto con el resarcimiento de daños y perjuicios, con toda la amplitud que prevé el artículo 1106 CC.

Hay que tener en cuenta la dificultad que entraña en este campo de la Odontología, y en España, la recopilación de datos específicos suficientes sobre la incidencia y la frecuencia por la que se exige responsabilidad al odontólogo con ocasión de errores o faltas cometidas en su ejercicio. El problema estriba por una parte, desde un punto de vista meramente objetivo, en que el sistema español “no recoge un catálogo de intereses a modo de lista cerrada y [...] puede ser difícil llegar a determinar en qué consiste el daño indemnizable”⁹⁶⁹. Por otra parte, la información sobre el daño dental es muy escasa. Ello se debe a varios motivos: en primer lugar, se trata de datos especialmente protegidos; en segundo lugar, lo habitual es que, si el paciente sufre un daño como consecuencia de la actividad del dentista, sea éste quien lo solucione, mediante opciones terapéuticas que tenga disponibles o pueda conseguir.

Por otra parte, por motivos que expusimos en la introducción, y hemos ido desgranando durante este trabajo, la conflictividad⁹⁷⁰ es cada vez mayor en la atención sanitaria dental, debido a diversos factores, entre otros, el cambio de modelo asistencial en general, el excesivo aumento del número de profesionales y la aparición de comportamientos *extraños*, tanto de los usuarios, como del propio mercado dental. Si el paciente reclama al dentista, probablemente se solucione la reclamación de forma amistosa. Es lo habitual. Si presenta una reclamación formal (de consumo), probablemente, acabe llevándose al correspondiente comité deontológico del Colegio Oficial de Dentistas, cuya actuación suele ser reservada. Sólo los casos que llegan a juicio, en los que se dicta una sentencia son los que podemos analizar, con mayor o menor éxito, en función de los parámetros que utilicemos; podremos

⁹⁶⁹ ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., 2011, *op. cit.*, p. 195, en el texto se hace referencia a la exigencia en nuestro Ordenamiento, a diferencia de legislaciones más avanzadas o el intento de modernización de los propios PETLs, del requisito, a veces legal, a veces jurisprudencial de la «antijuridicidad» del mismo en España, como ya hemos apuntado en páginas precedentes.

⁹⁷⁰ ECHEVARRÍA GARCÍA, J. J., y CUENCA SALA, E., (Dirs.), *El manual de Odontología*, Masson, S.A., Barcelona, 1995, pp. 1438-1439.

tener idea del daño que deriva de una actuación dental. Por lo tanto, el conocimiento que podemos tener del daño en Odontología es meramente aproximado.

Como hemos repetido en varias ocasiones, en nuestro sistema, la responsabilidad surge del daño producido como consecuencia del incumplimiento de una obligación; es decir, para que nazca la «obligación de indemnizar», tiene que haber un daño acreditado, como hemos desarrollado en capítulos anteriores; pero es pertinente recordarlo ahora.

El problema es que los conceptos de daño son mucho más amplios que los que vienen reflejados en los baremos, por lo que, en el seno de los daños sanitarios, concretamente los daños dimanantes del contrato de tratamiento dental, son difíciles tanto de identificar, como, sobre todo, de valorar.

Una vez que se establece responsabilidad (por ejemplo, por la inexistencia o invalidez del consentimiento informado, o tras la prueba de un daño corporal derivado de un cumplimiento defectuoso), ese daño hay que indemnizarlo y para ello es imprescindible calcular el quantum indemnizatorio o resarcitorio; precisamente porque el daño dental es muy difícilmente reparable ad integrum o in natura –como hemos señalado en párrafos precedentes–, debemos seguir unas pautas no muy bien definidas.

Para un estudio sistemático de los daños bucodentales podemos acudir a los Protocolos aceptados por el Consejo General de Colegios Oficiales de Dentistas de España, donde se describen los riesgos asociados comúnmente a las intervenciones dentales, así como a los riesgos típicos que se describen en los consentimientos informados elaborados tanto por el Consejo General, a través del programa *ConsIn*⁹⁷¹, o a los consentimientos informados elaborados por las diferentes sociedades científicas existentes en España, como reflejo de los riesgos posibles o conocidos, en cada una de los procedimientos que se

⁹⁷¹ CGCD, *Consin 2.0. InfoMed*, Madrid, 2012, <http://www.consejodentistas.es/dentistas/software-del-consejo-general/descarga-de-consin/item/1039-generador-consentimientos-informados.htm>.

realizan en las «especialidades» dentales, recogidos en los diferentes formularios elaborados por éstas.

Lizárraga Bonelli hace una revisión interesante, en un intento de clasificar jurisprudencialmente las resoluciones sobre complicaciones de tratamientos dentales⁹⁷², pero pasa por encima (casi de puntillas) sobre el concepto de daño dental indemnizable.

Creemos, por tanto, importante un acercamiento sistemático a los riesgos típicos que ocurren en el ejercicio de la Odontología susceptibles de convertirse en daño indemnizable. No solo según se describen en cada uno de los consentimientos aprobados por las diferentes sociedades científicas y según se desprende de los daños que recoge el programa *ConsIn* del Consejo, sino además, tener conocimiento de los riesgos específicamente recogidos para las ramas de la Odontología (o sus “especialidades”) como ya hicieran De Lorenzo y Bascones, en todo lo relacionado con el consentimiento informado, quienes fueron pioneros en su descripción sistemática, para una serie de procedimientos odontoestomatológicos ⁹⁷³.

Teniendo en cuenta la posible intervención de otros profesionales –tales como el Cirujano maxilo facial, por ejemplo; así como de otros especialistas u odontólogos especializados; o bien, de aquellos profesionales sanitarios no

⁹⁷²Cfr., LIZÁRRAGA BONELLI, E., 2020, *op. cit.*, pp. 523-568. El autor hace una aproximación no sistemática, en el ANEXO, que titula “Selección de jurisprudencia, teniendo presente las «habilidades/especialidades» odontológicas”. Confunde efectos adversos de la anestesia dental (SAP B 131/2020, de 11 de junio; SAP V 271/2017, de 30 de octubre) con lesión del nervio lingual con hormigueo y pérdida de percepción de sabores y olores, SAP AL 99/2017, daños permanentes en el nervio lingual por anestesia troncular, de la endodoncia (SSAP B 547/2019, de 3 de octubre, y 170/2019, de 10 de abril; de parestesia y rotura de una lima de endodoncia, respectivamente. SAP MA 830/2015, de 22 de diciembre, también por fractura de una lima de endodoncia, SAP Mu 10/2018, hematoma facial en una re-endodoncia, SAP M 450/2016, de 2 de noviembre, por extravasación de hipoclorito como complicación de una endodoncia; Ortodoncia (SAP J 720/2016), por falta de alineamiento de dientes tras dos años de tratamiento de ortodoncia) o Implantes (SAP NA 95/2019, o la SAP M 52/2019, y Prótesis (SAP V 336/2014, por falta de información sobre un puente provisional. SAP C 303/2004, por una corona con movilidad), entre otras muchas otras, dentro de la odontología general. La asistematicidad de este anexo lo hace de difícil comprensión; lo cual no resta un ápice al ímprobo trabajo recopilatorio que realiza el autor. Quedémoslos, como hemos mencionado en páginas anteriores, con la “clasificación” que hace por especialidades en Odontología General, Implantología, Ortodoncia, Prótesis dentales y Periodoncia.

⁹⁷³ DE LORENZO, R., y BASCONES, A., 1996, *op. cit.*, pp. 103-187. Hay que señalar que estos autores vislumbraron seis años antes de la promulgación de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre*, la importancia que llegaría a tener el consentimiento informado en Odontología.

dependientes, como el protésico dental y su responsabilidad particular por los productos sanitarios que fabrica, así como los profesionales sanitarios dependientes (como los técnicos superiores en Higiene Bucodental, u otros colaboradores y auxiliares)–, al final llegaríamos a un sistema unificado en el cual la persona que sufra el daño y deba ser indemnizado, sepa exactamente qué clase de indemnización le corresponde. Para ello sería necesario estandarizar el procedimiento por el cual se calcula la indemnización.

Uno de los factores más interesantes que se han analizado en cuanto al daño dental es “la dispersión, fragmentación e inaccesibilidad” que existe, precisamente, acerca de datos primarios sobre “efectos adversos” debidos a tratamientos dentales. Primero, como avanzábamos antes, porque las reclamaciones correspondientes (si llegan), lo hacen a diferentes organismos, no siempre coordinados, y segundo lugar, porque la protección de los datos personales sobre salud es máxima.

Se han realizado algunas aproximaciones para catalogar el daño en Odontología, dentro de la dificultad que entraña esta tarea; por la máxima protección que, como decimos, tienen los datos de salud: en 2002, por ejemplo, se elaboró un listado de actos odontológicos “potencialmente peligrosos”⁹⁷⁴, desde un punto de vista legal. Además, como ya expusimos en la Introducción, existe un estudio acerca de todas las reclamaciones de pacientes motivadas por una atención odontológica presentadas ante la Comisión Deontológica del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la I Región (Madrid), desde el año 1982 hasta el año 2011, en el que se observó un incremento paulatino de reclamaciones, desde el año 1982, en el que hubo solo una reclamación, frente a las 280 reclamaciones de 2011, “con un pico llamativo en el año 2010 (404 casos)”, en 2013, López Palafox publicó otro estudio (sistemático) de los

⁹⁷⁴ PEREA PÉREZ, B., *Responsabilidad Profesional en Odontología*, en BANDRÉS, F., *Lecciones de Medicina Legal*, Ed. Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria Facultad de Medicina (U.C.M.), Madrid 2001, pp. 172-189.

daños bucodentarios, que puede ser de utilidad cuando se evalúa el daño dental⁹⁷⁵.

En cuanto a las revisiones especializadas sobre la jurisprudencia, en asuntos de supuesta mala praxis⁹⁷⁶, hasta 2010, de un total de 2.817 sentencias judiciales sobre reclamaciones de indemnizaciones por mala praxis médica, de los tribunales españoles de segunda o tercera instancia, correspondieron a la Jurisdicción penal sólo un 8% de ellas, mientras que a la Civil fueron un 85% de los casos y la Contencioso-Administrativa, un 7%; lo que puede interpretarse como una mejor viabilidad civil para el resarcimiento de un daño ocasionado por una mala praxis⁹⁷⁷. En cuanto a los tratamientos que dan origen a procedimientos judiciales, en los últimos tiempos parece consolidarse la preponderancia de las reclamaciones relativas a daños relacionados con implantes dentales, como el motivo más prevalente que da origen a un recurso jurisdiccional en segunda instancia. Bien por la frecuencia creciente en los últimos años de este tipo de intervenciones, bien por las mayores probabilidades de sufrir un efecto adverso; o su capacidad de producir un daño indemnizable, por la propia naturaleza de la intervención en un hueso que, de por sí, está dañado previamente por la pérdida de dientes. No olvidemos que

⁹⁷⁵ LÓPEZ PALAFOX, J., (Dir.), *Apuntes de Odontología Legal y Forense*, 2ª ed. BDS Librería Editorial, Madrid, 2013, pp. 231-244.

⁹⁷⁶ Cfr., MANZANO GARCÍA, J. R., *Responsabilidad y el ejercicio de la Medicina*, Ed. Porrúa, Méjico, 2002, pp. 61-68; y ALFARO VICTORIA, F., 2012, *op. cit.* Hay que aclarar que la mala praxis es un concepto indeterminado que abarca tanto la negligencia médica (el médico actúa apartándose de la *lex artis*, produciendo un daño; es decir, realiza procedimientos técnicos aún cuando legalmente haya sido capacitado para ello, pero «con falta del deber de cuidado», o «por no poner el empeño necesario»), como con la imprudencia (acciones que realiza el profesional de forma temeraria) y la impericia («falta de conocimiento»; es decir, cuando el profesional sanitario desconoce absolutamente la técnica, o carece de experiencia suficiente y de habilidad clínica para el desempeño de su profesión, y ello perjudica al paciente).

⁹⁷⁷ PEREA PÉREZ, B., SANTIAGO SAÉZ, A., LABAJO GONZÁLEZ, M. E., ALBARRÁN JUANA, M. E., DORADO FERNÁNDEZ, E., y GARCÍA MARTÍN, A., “El médico ante los tribunales: análisis de las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad profesional médica en España”, *Rev. Esp. de Medicina Legal*, 39 (4), 2013, p. 132. (www.elsevier.es/mlegal). Cfr., PEREA PÉREZ, B., LABAJO GONZÁLEZ, M. E., SANTIAGO, A., y ALBARRÁN, M. E., “Responsabilidad profesional en odontología”, *Rev Esp Med Legal*, 39 (4), 2013, p. 151. (www.elsevier.es/mlegal). Los autores defienden que es la serie más completa: «(d)ados los acuerdos que el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la I Región mantiene con múltiples administraciones públicas (Consejería de Sanidad, Oficina del Defensor del Paciente, OMIC, etc.), éstas le remiten datos sobre las reclamaciones motivadas por asistencia odontológica recibidas en estos centros».

los implantes dentales⁹⁷⁸ sustituyen los dientes en tramos donde los rebordes alveolares están edéntulos.

En segundo lugar, desde el punto de vista subjetivo, el debate sobre quién tiene el deber de indemnizar está más o menos asentado y son pacíficas doctrina y jurisprudencia acerca de los diferentes obligados a indemnizar los daños y perjuicios personales y las relaciones que puedan existir entre los diversos sujetos pasivos de la indemnización que posteriormente, en determinados casos, podrían repercutir sobre aquellos el quantum indemnizatorio; si hubiera lugar a ello. Evidentemente, quien sufre indebidamente el daño (el que no tiene la obligación legal de soportarlo), así como aquellos otros perjudicados, serán los sujetos activos del procedimiento que se trate, bien como víctima o bien como perjudicados, ejercitando la/s acción/es que corresponda los legitimados activamente en la acción indemnizatoria (o reclamación de daños); por lo que el debate sobre a quién se indemniza por la *pecunia doloris* o precio del dolor⁹⁷⁹ tiene un amplio margen de extensión artificial, salvo en caso del «daño-muerte», acerca de quién puede, en cada caso, reclamar la reparación derivada del perjuicio ocasionado por el fallecimiento, que ha sido objeto de un profundo análisis doctrinal y jurisprudencial⁹⁸⁰.

Lo que no está tan claro es la legitimación pasiva, y aunque básicamente, se puede resumir bajo la expresión de “quien la hace, la paga”, este debate es crucial en los procedimientos por responsabilidad en Odontología,

⁹⁷⁸ N.B. La «Implantología» osteointegrada sirve para anclaje de prótesis en casos de *edentulismo* (ausencia de dientes), mediante la implantación de elementos osteointegrados que sirven para posteriormente colocar una prótesis que se encarga de la reposición de piezas dentarias ausentes.

⁹⁷⁹ GÁZQUEZ SERRANO, L., 2000, *op. cit.*, pp. 172 y ss.

⁹⁸⁰ *Vid.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., “A cuentas con los herederos, los familiares y los perjudicados”, *Rev Resp Civil y Seguro*, 2009, núm. 31, pp. 23-26. *Cfr.* GÁZQUEZ SERRANO, L., “Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento”, *Rev Asoc Esp Abogados Esp R C y Seguro*, 2014, núm. 52, pp. 25-50. *Vid.*, MEORO, M. C., “Problemas sobre legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento”, *Rev Justicia & Derecho*, 2 (2), pp. 34-41, online, <https://doi.org/10.32457/rjyd.v2i2.280>. Afirma este último (p. 36) que, “la Sala 1.ª del mismo Tribunal mantuvo desde antiguo que el derecho a la indemnización por la pérdida de la propia vida no se puede transmitir *mortis causa* porque no ha podido ingresar en su patrimonio antes de su muerte (*cfr.* artículo 659 CC). Desde hace ya tiempo la Sala 2ª, en un primer momento con vacilaciones y luego de manera franca, ha adoptado la opinión de la Sala 1ª”.

precisamente por la configuración piramidal que hemos descrito que parece mostrar el contrato de tratamiento odontológico, en el que podemos encontrar múltiples agentes que contribuyen al daño y contratos conexos que excluyen como parte a la víctima, pero sin los que el contrato de tratamiento odontológico resultaría de nula funcionalidad; y, además, en la práctica, no es infrecuente que confluyan acciones de responsabilidad civil de diferentes orígenes en un mismo supuesto, como hemos sostenido anteriormente.

En cuanto al tema que nos ocupa, no son ni los presupuestos de la responsabilidad civil, ni sus mecanismos de imputación, lo más útil para los operadores jurídicos; sino por un lado, el análisis de aquellas herramientas y criterios que actualmente sirven para determinar los componentes de la cuantía a indemnizar (por lo tanto, de la correcta y sistemática valoración del alcance del daño que se pretende con los diferentes baremos) y los mecanismos de los que nos podemos valer para aunar criterios que destierren la actual inseguridad jurídica que ocasiona indemnizaciones, en ocasiones muy dispares⁹⁸¹, ante un mismo efecto dañoso; y por otro, la necesaria concepción del paciente/cliente dental como consumidor y a renglón seguido, de la concepción del tratamiento dental como un contrato de consumo.

El debate actual, en mi opinión, va mucho más allá, por tanto, de la determinación de la responsabilidad, la imputación, o culpabilidad.

Como daño derivado del contrato, hay que recordar la opinión de Carrasco Perera sobre un concepto básico de daño, “como cualquier lesión de un interés, sea éste de naturaleza patrimonial o no patrimonial”, opinión con la que estamos plenamente de acuerdo. Y siempre que dichos daños fueran previstos o pudieron preverse al momento de programar el contrato, serán daños indemnizables en sede de responsabilidad civil contractual *ex* artículo 1107 CC.

⁹⁸¹ Díez Pícazo, L., 2000, *op., cit.*, p. 19. Afirma abiertamente que las sentencias del Tribunal Supremo “son muy numerosas y de muy diferente pelaje, que obedece a las características de los asuntos y de los ponentes. Hay que decir que no existe entre ellas unidad de doctrina y que muchas veces presentan muy claras competiciones”. Negando la existencia de una verdadera jurisprudencia en el genuino significado de la palabra.

Fuera del marco contractual, no es infrecuente la presentación de daños como consecuencia de la actividad del dentista que pueden accionarse conjuntamente con la anterior, a través de la responsabilidad extracontractual, que exige, en primer lugar, también la acreditación de la existencia de un daño; en segundo lugar, que pueda imputarse objetivamente dicho daño a la acción u omisión del productor que lo desencadena y, en tercer lugar, la acreditación de un criterio de imputación subjetiva entre el daño causado y el comportamiento del sujeto para que pueda exigirse una indemnización. Este principio no solo constituye la base de la responsabilidad extracontractual sino también de la propuesta de Derecho europeo de los contratos, en el tema de la responsabilidad contractual.

Dicho esto, en el contexto del contrato de tratamiento odontológico, el daño indemnizable puede definirse como un menoscabo de la integridad física o psíquica de la persona natural que lo sufre, del que hay un responsable, obligado a indemnizar, cuya duración puede ser permanente (en el caso de las secuelas) y que comienza habitualmente tras la producción de una lesión. Conviene, por tanto, diferenciar ambos conceptos.

4.3.1. Lesiones

Decía De Aguilar Merlo, que “El concepto de «lesión» solamente debe(ría) ser tributario de la Medicina Legal pues, sólo esta, le va a dar un contenido equidistante entre lo jurídico y lo médico, invistiéndola a su vez, de unas características específicas que van a convertir al termino lesión en un concepto inequívoco tanto para el jurista como para el médico”⁹⁸². Palabras muy apropiadas para reivindicar la entidad del Derecho sanitario, pues su especificidad exige la utilización de terminología con significados intrínsecos, derivados de su propia naturaleza.

Es relativamente dable a comprensión que la superficie masticatoria de los molares y premolares (situados en los sectores posteriores de los arcos

⁹⁸² DE AGUILAR MERLO, R., “El concepto médico legal de la lesión”, *Rev. Tareas*, 9, 1963, p. 22.

dentarios) es mayor que la de los anteriores, por lo que la función masticatoria es más importante en éstos; mientras que la función fonatoria y estética tiene que ver más con incisivos (y caninos), algo que no está muy bien desarrollado en la Ley en cuanto a la valoración del daño dental, como veremos en el último apartado. Cualquier lesión bucodental adquiere un significado que se refiere a algo más que la lesión de un determinado derecho o bien jurídico. Aquí las lesiones, por ejemplo, se refieren a menoscabos en la integridad física o psíquica de una persona natural y se valorarán dependiendo de la entidad de la alteración funcional subsecuente⁹⁸³.

Como veremos más adelante, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de 23 de septiembre, no define lo que por lesión podamos entender. Tampoco el Código Civil lo hace.

Una definición legal de lesión la podemos extraer del art. 147 CP, que tomamos como punto de partida para establecer una definición inicial de lesión: podemos entender por lesión un menoscabo en la “integridad corporal o su salud física o mental” de la persona, que será delito, si aquella requiriese “objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”, a tenor de lo dispuesto en dicho artículo 147 CP. Este artículo describe, como sabemos, un tipo resultativo: se exige la producción de un daño corporal cierto, un menoscabo físico o mental; sin especificar mecanismo alguno de génesis; y que únicamente sería considerada delito si necesitara, además de una asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico.

Labajo distingue entre «lesiones anatómicas», que afectan en su morfología a cualquier órgano o tejido y son las más fácilmente evidenciables; «lesiones funcionales», que afectan a la función de cualquier órgano, tejido, aparato o sistema (generalmente son la repercusión en la función de la lesión

⁹⁸³ *N.B.* Es relativamente dable a comprensión que la superficie masticatoria de los molares y premolares es mayor que la de los anteriores, por lo que la función masticatoria es más importante en éstos; mientras que la función fonatoria y estética tiene que ver más con incisivos (y caninos), algo que no está muy bien desarrollado en la Ley en cuanto a la valoración del daño dental, como menoscabo funcional, tal y como veremos en el último apartado de esta Tesis.

estructural), «Lesiones estéticas», que afectan a la belleza, armonía y/o estimación de las personas; como cicatrices peribucales, pérdida de dientes, etc.; «lesiones psíquicas o morales», las cuales afectan a la esfera interna del individuo en sus emociones, sentimientos, etc. –El dolor físico se incluye aquí con mucha frecuencia para exigir reparación económica– y finalmente, «lesiones extracorpóreas o a terceros»⁹⁸⁴, que afectan, sobre todo moralmente, a terceros perjudicados por las lesiones sufridas por el dañado.

Cuando se estudia la cavidad oral, se hace especial hincapié en la nomenclatura, las fórmulas dentarias y su registro, así como la histología de los tejidos que la conforman⁹⁸⁵. Como aparato estomatognático, se estudian

⁹⁸⁴ LABAJO, E., *Valoración del daño en Odontología. Máster en Pericia Sanitaria* (2015-2016). 2015, online, <https://cutt.ly/GzNQLZM>.

⁹⁸⁵ N.B. Concretamente, uno de los aspectos que aturden al jurista es la *tecnicidad* de los informes periciales odontológicos, verdaderos galimatías con alto nivel de complejidad por el uso frecuente de lenguaje científico especializado. Es decir, la complejidad jurídica deviene no ya con el relato fáctico del cliente, sino por la difícil interpretación y comprensión lectora de los informes médicos. Para mitigar esta dificultad, siquiera con la nomenclatura al uso, habría que aclarar el sistema más utilizado para identificar cada pieza dentaria. El sistema de nomenclatura dental más usado es el *Código FDI* (Federación Dental Internacional) o “dígito dos”, porque cada diente se numera con dos dígitos. El primero de ellos, determina el «cuadrante» donde se encuentre (abstracción que se hace, pensando en las arcadas dentarias divididas en cuatro cuadrantes por la intersección imaginaria de un eje axial/línea media vertical y otro horizontal/plano oclusal), y si se trata de «dentición permanente» (cuadrantes 1, 2, 3 y 4) o por el contrario, temporal/deciduo (5, 6, 7 y 8), comenzando por el cuadrante superior derecho del paciente, en el sentido de las agujas del reloj; de tal forma que, en dentición permanente, el primer cuadrante sería el superior derecho, el segundo, el contralateral (superior izquierdo), el cuadrante 3º sería el inferior izquierdo y el cuadrante 4º, el inferior derecho; mientras que, en la «dentición decidua», sería esta misma secuencia, pero cambiando el primer dígito por el correspondiente (5, 6, 7 y 8, respectivamente). El segundo dígito indica la posición en la arcada que ocupa cada uno de los 8 dientes de cada cuadrante (1: incisivo central, 2: incisivo lateral, 3: canino, 4: primer premolar (o primer molar deciduo), 5: segundo premolar (o segundo molar deciduo), 6: primer molar permanente, 7: segundo molar permanente, 8: tercer molar, o cordal. Esquemáticamente se representan de forma gráfica en el «odontograma» (Figura 1), según su posición en las arcadas, como se indica a continuación:

Figura 1.

			5	4	3	2	1		1	2	3	4	5			
8	7	6	5	4	3	2	1		1	2	3	4	5	6	7	8
8	7	6	5	4	3	2	1		1	2	3	4	5	6	7	8
			5	4	3	2	1		1	2	3	4	5			

Nota. - *Odontograma*. Fuente: Elaboración propia.

De esta forma, por ejemplo, el 16 sería el primer molar permanente superior derecho, mientras que el 55 sería el segundo molar superior deciduo. El 11 sería el incisivo central superior derecho permanente o definitivo, y el 51 sería el incisivo superior derecho deciduo (o “de leche”). Cuando se anotan sobre el esquema anterior, los dientes presentes, y sus patologías, o necesidades de tratamiento, estaríamos ante el

también sus componentes neromusculares, vasculares y sus bases óseas. Las relaciones maxilomandibulares normales (oclusales e intermaxilares)⁹⁸⁶.

Teniendo en cuenta que desde el punto de vista anatomofisiológico, un aparato consta de varios órganos –advirtiendo que el aparato estomatognático no es una excepción–, y cada órgano tiene una «función» dentro del aparato correspondiente; un diente es en realidad un «órgano dentario» que cumple una serie de funciones diferenciadas, según su morfología y la posición que ocupe en la arcada⁹⁸⁷.

Por último, recordar que cualquiera de las «funciones» de fonación, respiración, masticación y estética, que tiene la boca, junto a la digestiva; en la que colaboran las glándulas salivares, puede verse alterada, en Odontología, estas lesiones funcionales se manifiestan como dificultades en cualquiera de estas funciones (en la masticación, fonación, etc.). En la masticación, como ejemplo de funciones básicas del aparato estomatognático, una lesión

denominado “odontograma”. Con esta breve pincelada, creemos haber explicado la nomenclatura dental, siquiera mínimamente, lo cual nos será útil a los juristas en un futuro, útil cuando uno se adentra en el *microcosmos* que es el daño dental.

⁹⁸⁶ *N.B.* Las maloclusiones son alteraciones en la forma en que articulan las arcadas dentarias entre sí y son tributarias de la Ortodoncia. Por otra parte, la alteración de las estructuras de soporte dentario es tributaria de la «Periodoncia», mientras que las caries dentales lo son de la «Odontología conservadora» (también denominada operatoria dental). Cuando se afecta el tejido pulpar de forma irreversible, la «Endodoncia» (o tratamiento de conductos), que consiste en extraer el tejido pulpar de las raíces, desinfectar los conductos y rellenarlos con el objetivo de sellar el ápice radicular, en caso contrario, se opta por la «Exodoncia» (o extracción dental) de la pieza afectada irreversiblemente.

⁹⁸⁷ *N.B.* La anatomía dental diferencia entre corona y raíz. Los dientes están alojados en sus bases óseas (maxilar y mandíbula), mediante el anclaje a sus alveolos mediante el ligamento periodontal, estructura compuesta por diferentes fibras (fundamentalmente de colágeno) con diferentes angulaciones, para impedir que los dientes se salgan de los alveolos o que tengan cierta capacidad de amortiguación cuando ocluyen con su antagonista. Resulta imprescindible conocer la histología del diente, así sea mínimamente: la dentina cubre la cavidad pulpar, donde se encuentra el “nervio” del diente (una estructura compuesta por una arteriola, una vénula y un complejo nervioso que se prolonga hacia la dentina, mediante múltiples odontoblastos). La parte coronal del diente está recubierta de esmalte (estructura cristalina, compuesta por hidroxapatita en su mayor parte) y la parte radicular, recubierta por el cemento (estructura mineral, donde también hay células; en la que se inserta las fibras periodontales que sostienen los dientes en sus alveolos). Recubriendo todo el reborde alveolar se encuentran las encías, en las que se pueden distinguir la encía adherida, con un epitelio de unión situado en el surco alrededor del cuello del diente (la unión entre corona y raíz) y una parte libre de encía, que se continúa hacia afuera con la mucosa bucal que tapiza toda la boca. Es importante señalar que la función de cada órgano dentario en cuanto a la masticación es diferente: los incisivos cortan, los caninos desgarran y los premolares y molares son los de mayor superficie masticatoria.

anatómica que afecte a un órgano dentario, muy probablemente repercutirá en la función de dicho órgano.

Como la superficie masticatoria de los sectores posteriores es mayor que la de los anteriores, la función masticatoria es más importante en los molares y premolares; mientras que la función fonatoria y estética tienen que ver más con incisivos (y caninos), lo cual no está muy bien desarrollado en la Ley, en cuanto a la valoración del daño dental, como veremos en el capítulo último.

Finalmente, la razón por la que uno de los aspectos que valora el baremo de tráfico, sea la «lesión al aparato estomatognático», medida a través de la disfunción de la Articulación Témporo-Mandibular (en adelante, ATM) es, precisamente, porque cuando existe una lesión dental, una de sus primeras manifestaciones mensurables, es una restricción funcional de la ATM. Un problema muy común y de etiología múltiple, con diferentes abordajes clínicos (fundamentalmente conservadores, a través de férulas de relajación).

4.3.2. Secuelas

Por otra parte, si la lesión no se cura, o si queda afectada permanentemente alguna de las funciones del aparato estomatognático, tendremos una lesión permanente: es decir, una «secuela».

Si tomamos como punto de partida la definición que da el diccionario de la RAE, esta palabra tiene origen en el latín (*sequēla*) y significa “trastorno o lesión que queda tras la curación de una enfermedad o un traumatismo, y que es consecuencia de ellos”⁹⁸⁸. Por lo tanto, un acercamiento semántico comparado podría indicar que secuela es un resultado o estado de salud que se produce como consecuencia de una enfermedad o padecimiento (en el sentido de «algo» que requiere tratamiento), como se diría en inglés⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2020, online <https://dle.rae.es/>.

⁹⁸⁹ *Cfr.*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS (2021). *Cambridge Dictionary*. (<https://dictionary.cambridge.org/>). La palabra latina “*sequēla*” “ha pasado tal cual al idioma inglés («*sequela*») es “*a result or condition that follows from a disease or illness*”; aclarando previamente que

La definición legal se refiere a que “son secuelas las deficiencias físicas y psíquicas y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión, y que permanecen una vez finalizado el proceso de curación”. El material de osteosíntesis que permanece al término de este proceso, también tiene esta consideración⁹⁹⁰. Para Hermida, “las secuelas se caracterizan porque afectan la armonía buco-facial con intensidad variable y pueden producir determinado grado de incapacidad. Se certifican cuando el daño tisular y orgánico del complejo o sistema maxilofacial se afecta definitivamente, implicando desarmonía anatómica, alteraciones funcionales y/o daño psíquico al paciente”⁹⁹¹. Es decir, las secuelas son aquellos déficits que permanecen al final del proceso curativo y que si se soluciona mediante un tratamiento médico no tendrían esta consideración.

La indemnización por las secuelas está regulada en los artículos 93 al 133 del Anexo “Baremo de Tráfico”, que introdujo la citada Ley 35/2015, de 22 de septiembre. En palabras de Martín-Casals, “las indemnizaciones se fijan conforme a las reglas que se establecen en esos 41 artículos y que «se reflejan», como dice el art. 93.2 LRSCVM, en la tabla 2 (del baremo). Con esta expresión (se reflejan) se quiere indicar que el valor normativo se halla exclusivamente en el texto articulado, por lo que, a diferencia del sistema del baremo de 1995, carece de valor normativo lo que pueda indicarse en las tablas y no tenga apoyo legal en el texto articulado”⁹⁹². Esta es la base real de las

“Disease is something that needs to be cured”, mientras que “Illness is something that needs to be managed”; teniendo en cuenta que “condition is a state of health”).

⁹⁹⁰ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre). Artículo 93.1.

⁹⁹¹ HERMIDA ROJAS, M., DÍAZ HERNÁNDEZ, M. J., ROSELL RODRÍGUEZ, M., BORROTO ALCORTA, D.C., *op. cit.*, p. 5; con cita de LANCIS Y SÁNCHEZ, F., FOURNIER RUIZ, I.G., *et al.*, *Medicina Legal*. Editorial Ciencias Médicas, Ciudad de La Habana, 1999, pp. 50-60. (<http://www.revmediciego.sld.cu>).

⁹⁹² MARTÍN-CASALS, M., La indemnización por secuelas, en ANTONIO MARTÍNEZ NIETO (Coord.), Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, 1 de enero de 2016: un nuevo baremo, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 57-74.

diferentes valoraciones que hace el órgano judicial, según sea el caso concreto, apoyándose en la Ley⁹⁹³.

Para Bonastre et al., “en términos jurídicos, secuela se entiende como situación permanente”⁹⁹⁴. Se trata de un concepto asentado en la doctrina, en la misma línea, Hernández Gil⁹⁹⁵ señala que “la lesión primitiva puede curar completamente o puede ocasionar un estado residual definitivo que es lo que se conoce con el nombre de secuela. Dicho estado definitivo se alcanza cuando ya no cabe esperar cambios anatómicos o funcionales significativos y no resulta útil cualquier terapéutica que pretenda una mejoría. Esta fase se conoce como de consolidación de la lesión”⁹⁹⁶ y supone la frontera entre un proceso activo y un proceso que ya se ha convertido en crónico, siendo ya inoperantes los tratamientos curativos: “La secuela es definida por como «el resultado de una lesión física o psíquica no susceptible de mejoría o tratamiento», que se manifiesta a nivel anatómico, funcional, estético, psíquico o moral, menoscabando o modificando el patrimonio biológico del individuo”⁹⁹⁷. Por

⁹⁹³ N.B. La definición legal que hemos visto al principio, contenida en el artículo 93 de la *Ley 35/2015, de 22 de septiembre*, se compone de tres apartados: “(e)l primero contiene la definición del concepto de secuela y los dos siguientes, mostrando un paralelismo casi absoluto con el artículo 61 de la Ley respecto al fallecimiento, incluyen la proclamación del sometimiento a las reglas de la Sección y la identificación de las tres tablas cuantificadoras del daño”. El primer apartado define las secuelas como «Deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos», en este enunciado se comprenden todas las modalidades posibles de menoscabo en la persona, tanto las de carácter anatómico y/o funcional como las estéticas y, además, el material de osteosíntesis, el cual, sin constituir una secuela propiamente dicha, sí tiene tal consideración a efectos de valoración e indemnización», de acuerdo con las descripciones de la pérdida de autonomía personal y de desarrollo personal en el artículo 50 y en el 53; respectivamente, «menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria» y «menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades específicas de desarrollo personal»

⁹⁹⁴ BONASTRE PAREDES, M.V., RECIO GARCÍA, J., y TRALLERO DELMAS, M.G., “Criterios de Deformidad. La deformidad en lesiones Odontológicas en el ámbito legal”, *Artículos*, núm. I (8 diciembre). (<https://revistamedicojuridica.com>).

⁹⁹⁵ HERNÁNDEZ GIL, A., Responsabilidad por malpraxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a colegios oficiales de Médicos y de Abogados, Tesis Doctoral, Universidad de Córdoba, 2002, p. 338.

⁹⁹⁶ Cfr., VEGA VEGA, C., y BAÑÓN GONZÁLEZ, R., “Criterios de estabilidad lesional en la valoración del daño corporal”, *Rev. Esp. Med. Legal*, 2012, 38, (1), pp. 36-38. Los autores concluyen que «la consolidación médico-legal se basa en criterios medicolegales objetivos: curación real y *ad integrum* de la lesión, fin del tratamiento activo-curativo, estabilización de la evolución aguda del proceso, fecha de reincorporación a sus actividades laborales o habituales, o incapacidad para las mismas, y tiempos estándar de curación de la afección».

⁹⁹⁷ HERNÁNDEZ GIL, A., 2002, *op. cit.*, p. 339.

lo tanto, secuela y consolidación del proceso lesional serían términos equivalentes”⁹⁹⁸. Añade finalmente Hernández Gil, que la Asociación Médica Americana (AMA) define secuela como «una anormalidad anatómica o disminución funcional que permanece después de una rehabilitación llevada al máximo y cuya anormalidad o disminución funcional considera el médico como estable o no progresiva en el momento de hacer la evaluación». A su vez, este concepto sería lo mismo que “menoscabo permanente”⁹⁹⁹ o “alteraciones que afectan de manera ostensible la forma o la función corporal persistiendo más allá del tiempo de reparación primaria”¹⁰⁰⁰.

Labajo hace referencia al término «secuela» según la AMA como “el estado último en la evolución de la lesión a partir del cual no es previsible esperar más cambios o transformaciones que supongan ninguna mejoría”¹⁰⁰¹. La secuela establece una «diferencia cualitativa y cuantitativa en el patrimonio biológico antes y después de la lesión». Esta autora distingue entre las

⁹⁹⁸ *Vid.*, GARCÍA, J., TAMARA, L.M., CASTELLANOS, C., SÁNCHEZ, O., DUEÑAS, L., y FONTANILLA, G. “Estudio comparativo de la baremación de secuelas en diferentes países”, *Cuad. Med. Forense*, 2015, 21(3-4), pp. 105-116.

⁹⁹⁹ HERNÁNDEZ GIL, A., 2002, *op., cit.*, p. 339.

¹⁰⁰⁰ GARCÍA, J, *et al.*, 2015, *op., cit.*, p. 106. Los autores realizan una comparación de la baremación de secuelas, partiendo de su definición legal, en diferentes países. Uno de los aspectos más llamativos de este trabajo, lo constituye el análisis que realiza sobre el papel de los baremos como un intento de hacer «una valoración cuantitativa a través de los procesos de baremación, con el objetivo de unificar los criterios médicos, asegurar el respaldo científico y disminuir la cantidad de litigios en los procesos. De igual manera, es clara la tendencia a unificar y ponderar las secuelas, que puede realizarse de manera cualitativa, estableciendo rangos de gravedad, o cuantitativa a través del proceso de baremación», por lo que entienden que un baremo podría definirse como «una lista de lesiones, enfermedades o secuelas a las cuales se asigna un valor fijo o intervalo; el valor más alto generalmente es 100, que corresponde a la máxima pérdida funcional de la persona. El valor o número puede representar una incapacidad funcional, un valor monetario o una puntuación, que incluye generalmente el daño moral. Al final, sea cual fuere la cantidad de daño medida, la cifra será transformada en dinero al ser este el único medio previsto y posible de compensación», en esto coincide con la tesis de Díez-Picazo (*Vid.*, DÍEZ-PICAZO, LUIS, 2000, *op., cit.*). Otro de los aspectos más interesantes de este trabajo es la referencia que hace a la propuesta de «guía-baremo europea», elaborada por la Confederación Europea de Expertos de Reparación y Evaluación de Lesiones Corporales (CEREDOC) y en la que trabajaron notables referentes españoles, como César Borobia o Juan Guiscafré Amer y Carlos Sauca (*Cfr.*, CEREDOC. *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique. Annexe I au doc. AU 3087 (06/03)*. [<http://www.ceredoc.eu/?page=bareme>]).

¹⁰⁰¹ LABAJO, E., *Valoración del daño en Odontología*. Máster en Pericia Sanitaria (2015-2016), 2015. Disponible en <https://cutt.ly/GzNQLZM>

siguientes categorías de secuela: secuelas anatómicas¹⁰⁰², funcionales¹⁰⁰³, estéticas¹⁰⁰⁴ y psíquicas¹⁰⁰⁵, en concordancia con lo que hemos visto, acerca de los artículos 50 y 53, de la Ley. La importancia de informar previamente a la realización de cualquier tratamiento sobre la posible aparición de secuelas se insiste en la STS de 2 de julio de 2002¹⁰⁰⁶; así como Seijas Quintana, señalan que “al paciente se le debe informar tanto de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y también debe abarcar la información de preparación de la intervención y de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado; como de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia”¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² *Ibid.* Serían *secuelas anatómicas*, las amputaciones, extirpaciones, pérdida de órganos de los sentidos o sustancias biológicas, acortamiento de miembros, callos óseos patológicos, neoformaciones, displasias y tumoraciones, enfermedades de base anatómica, uso de material de prótesis u osteosíntesis, cicatrices, úlceras y discromías desde el punto de vista anatómico.

¹⁰⁰³ *Ídem.* Como *secuelas funcionales*, describe las secuelas que afectan a la función de órganos y sistemas, secuelas que afectan al esqueleto y a la mecánica articular (que se valorarían en porcentaje, en grados o de forma semicuantitativa), secuelas funcionales que afectan a la vida psíquica o aquellas que afectan a los sentidos.

¹⁰⁰⁴ *Ídem.* Por secuelas estéticas, entiende las que afectan a la piel, secuelas que afectan a la simetría corporal, amputaciones y cojeras, o enfermedades y procesos que menoscaban el patrimonio estético del individuo.

¹⁰⁰⁵ *Ídem.* Finalmente, según esta autora, son secuelas psíquicas, los trastornos de la memoria, de la personalidad, del estado de ánimo, de la conducta, de adaptación a los medios familiar y socio-laboral. las fobias, neurosis, psicosis y estados demenciales o la pérdida total del patrimonio psíquico.

¹⁰⁰⁶ *Cfr.*, MARTIN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., y SOLÉ FELIU, J., “Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments”, *European Journal of Health Law*, vol. 10, no. 2, 2003, pp. 153-182. Afirman estos autores que esta sentencia es “a good example of the main questions that arise with regard to the errors or defects of information and reflects the prevailing doctrine about informed consent [...] informed consent operate both within the framework of liability in contract and liability in tort.”. (Trad., «un buen ejemplo de las principales cuestiones que surgen en torno a los errores o defectos de la información y refleja la doctrina imperante sobre el consentimiento informado [...], operando la falta de información en sede de responsabilidad contractual y extracontractual»).

¹⁰⁰⁷ SEIJAS QUINTANA, J. A., 2007, *op., cit.*, pp. 15 y 16.



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

CAPÍTULO V

VALORACIÓN DEL DAÑO EN ODONTOESTOMATOLOGÍA

5.1. La indemnización

El vocablo «indemnizar» en el Diccionario de la RAE, se define como “resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica”. Por su parte, la «indemnización» se define como “acción y efecto de indemnizar” y en su acepción segunda, “cosa o cantidad con que se indemniza”¹⁰⁰⁸.

Puig Peña¹⁰⁰⁹ afirmaba que la doctrina general sobre los daños y perjuicios se proyecta fundamentalmente sobre el Derecho de obligaciones en sentido estricto: de tal manera que si no se puede cumplir la obligación en forma específica, la relación de Derecho se proyecta entonces directamente contra el patrimonio del deudor, a fin de extraer del mismo la cantidad de bienes suficientes para que quede restaurado el desequilibrio económico provocado por el incumplimiento de aquél. Unas veces el resarcimiento actúa como recurso subsidiario (legal o contractual) y otras veces, como objeto primario de la responsabilidad. Igualmente, define el concepto de «prestación de daños y perjuicios» como la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por la conducta injusta del obligado, satisfaciendo al perjudicado aquellos que se le originaron. De este concepto se colige que para que pueda tener efecto la «prestación por equivalente», son necesarios cuatro requisitos: 1º), Que se haya producido una conducta injusta (un incumplimiento, que sea culpable –es decir, con dolo, negligencia o morosidad–); 2º) Que no se pueda obtener el cumplimiento forzoso en forma específica (la obligación debe cumplirse a su tenor; es decir, sólo cuando no es factible entra en juego la teoría del resarcimiento). 3º) Que con ocasión del incumplimiento culpable se haya ocasionado una situación de daños y

¹⁰⁰⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 2020 (<https://dle.rae.es/>).

¹⁰⁰⁹ PUIG PEÑA, F., 1954, *op., cit.*, p. 216.

perjuicios (es necesario acreditar la realidad de esos efectos). y 4º) Que entre el incumplimiento sobrevenido y los daños y perjuicios ocasionados exista una relación de causa a efecto (que el daño sea consecuencia del incumplimiento, o sea, que entre uno y otro haya una relación de causalidad).

La ejecución forzosa de las obligaciones de hacer en el campo profesional, en nuestro sistema, “viene a ser el de una conversión prácticamente automática de la ejecución específica por una ejecución de pago de dinero”¹⁰¹⁰. Albadalejo señala que la cuantía de la indemnización por el incumplimiento o por el cumplimiento inexacto tiende “a que el acreedor se resarza de los daños y perjuicios sufridos”, siendo una verdadera indemnización (aclara, careciendo del carácter de pena) “debería consistir siempre en la suma en que se valore tanto lo que el acreedor perdió al no recibir la prestación (daño emergente), como lo que dejó de ganar, y habría de haberla recibido (lucro cesante)”¹⁰¹¹, con cita del artículo 1106 CC.

En nuestro derecho, en sede de responsabilidad contractual, según Carrasco Perera, “la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del daño injusto de incumplimiento. Ni se constituye esta indemnización en «objeto de la obligación» incumplida, sino en consecuencia del incumplimiento del deudor”¹⁰¹². Mientras que, en sede extracontractual, no es más que la manera en que podemos equilibrar con la reposición ad integrum a su estado anterior (en la medida de lo posible), de quien no tiene el deber de soportar tal daño. Es decir, tiene la “finalidad de realizar la justicia conmutativa entre dañante y perjudicado», con la «primacía de la culpa» como excelente criterio de imputación”¹⁰¹³. La figura de la «restitutio in integrum» es entendida como una necesidad de que el dañado “vuelva a su situación anterior a la producción del

¹⁰¹⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., 1989, *op. cit.*, p. 368-371.

¹⁰¹¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op. cit.*, p. 187. *Cfr.*, ATIENZA NAVARRO, M. L., 2021a, *op. cit.*, p. 602. Aclara la autora que ambos elementos, daño emergente y lucro cesante, deben indemnizarse igualmente en sede de responsabilidad extracontractual.

¹⁰¹² CARRASCO PERERA, A., 1989, *op. cit.*, p. 403.

¹⁰¹³ PANTALEÓN, F., 2000, *op. cit.*, p. 190.

hecho que lo provocó”¹⁰¹⁴. La anterior situación, no la mera expectativa (o deseo) de mejorar su estado, que incurriría en la figura del enriquecimiento injusto. Con una advertencia que debemos hacer: indemnizar por incumplimiento contractual alcanza exclusivamente la reparación del interés positivo.

Pero, en mi opinión, la posición de la que partía el acreedor cuando se configuró el contrato debe contemplarse también y merece protección jurídica contractual. En palabras de Yzquierdo Tolsada, el resarcimiento es en realidad un “fenómeno de tratamiento jurídico unitario”¹⁰¹⁵. Igualmente, Morales Moreno, reconoce que en el caso de resolución, “remedio jurídico que permite al acreedor insatisfecho sustituir la vía natural de satisfacción de su interés, a través del cumplimiento puntual del deudor (prestación), por la vía de la indemnización, considerando el deber de mitigar el daño”, al acreedor insatisfecho ante un incumplimiento contractual, además de la satisfacción de su interés, la indemnización está dirigida también “a repararle otros daños”¹⁰¹⁶.

Quiero decir que, ante una resolución por incumplimiento contractual con daño al acreedor cumplidor¹⁰¹⁷, se le debe dejar a este en la posición que estaría si se hubiera cumplido el contrato, pero eso no implica (no puede implicar, en mi opinión) que se le pueda dejar «en posición peor» que la que tenía antes de su celebración (al menos en este contrato de tratamiento odontológico «especialísimo» por su objeto, que trata de una actividad del deudor –por sí, o por la intervención de terceros dependientes o no– sobre la integridad física del acreedor); porque en ese caso, se estaría produciendo un empobrecimiento

¹⁰¹⁴ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 1020.

¹⁰¹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, M., 1989, *op. cit.*, pp. 7-13. Afirmo el autor que “(d)esde la perspectiva exclusivamente civil, los presupuestos (de la responsabilidad) son comunes en todas las esferas”.

¹⁰¹⁶ MORALES MORENO, A., 2010, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 189. “La resolución permite al contratante insatisfecho liberar los recursos económicos destinados al cumplimiento de la obligación, mientras que al contratante que ha incumplido no le libera del todo: le libera del deber de prestación pero no del deber de indemnizar; y hay que tener en cuenta que el cumplimiento del deber de indemnizar puede ser para el deudor más costoso que el cumplimiento de la obligación inicial”.

injusto del acreedor (o lo que es lo mismo, el enriquecimiento injusto de alguien).

Las propuestas europeas del DCFR acerca de la indemnización por incumplimiento contractual no dejan lugar a dudas: según Pérez Velázquez, el artículo 8:101 de los PECL, “dispone en su párrafo primero que «siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9».

Del tenor literal del párrafo citado y de los medios de tutela establecidos en el capítulo 9, se deduce que en los PECL todos los remedios ante el incumplimiento se encuentran situados en un mismo plano, en una misma posición, por lo que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad contractual que adolece de una jerarquía entre los remedios, a diferencia de lo que ocurre, con carácter general, en los sistemas de Civil Law y de Common Law”; que, junto a los remedios habituales y “primarios” como el derecho a exigir el cumplimiento (tanto de las obligaciones pecuniarias, como de las no pecuniarias ex artículos 9: 101 y 102), permanece un tercer remedio que consiste en “el derecho a obtener la indemnización de los daños y perjuicios en los supuestos extraordinarios de los párrafos segundo del artículo 9:101, y segundo y tercero del artículo 9:102, en los que no sea posible exigir el cumplimiento (artículo 9:103)”¹⁰¹⁸, como ocurre en el contrato de tratamiento dental, entre otras cosas, porque el propio defecto en el cumplimiento o contravención de la obligación del principal (o de sus colaboradores) ha implicado un daño que ha de indemnizarse. Pero en su justa medida, que evite una «sobreindemnización». Quantum que queremos estudiar en este capítulo.

¹⁰¹⁸ PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo, Agencia estatal BOE, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

Ya avanzábamos en el capítulo anterior que la sobreindemnización es “lo que más temen los especialistas en Derecho de daños”¹⁰¹⁹.

Le Roy ya avanzó que “la reparación del daño debe ser igual a la integralidad del daño sin poder excederla jamás”¹⁰²⁰. En realidad, indemnizar no consiste en otra cosa que poner al dañado en la misma situación que estaba antes de sufrir el daño; o, como dice Santos Morón “en la misma situación en que estaría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito”¹⁰²¹.

La mayoría de la doctrina científica está de acuerdo en que en sede contractual se debe indemnizar el interés positivo.

Como ya hemos argumentado, en mi opinión, y en la de otros que han estudiado el daño corporal, cuando deviene de un incumplimiento en un contrato que tiene por objeto intervenir sobre la propia integridad del paciente, se debe indemnizar *ad integrum*. De ahí se colige, como afirma Galán Cortés “que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por el perjudicado, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente evaluables, como el daño emergente o lucro cesante –art. 1106 CC–, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también los perjuicios de otra índole, como por ejemplo, las secuelas, el daño moral [...], *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados”¹⁰²².

El recurso al artículo 1106 CC nos lleva directamente al alcance de la indemnización (lucro cesante y daño emergente).

¹⁰¹⁹ ROCA TRÍAS, E., “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño, *ADC*, 2004, Vol. 57, núm. 3, p. 904.

¹⁰²⁰ LE ROY, M., 1983, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰²¹ *Cfr.*, SANTOS MORÓN, M. J., (Coord.) *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 168.

¹⁰²² *Cfr.*, DÍEZ-PICAZO, L., 2008, *op. cit.*, p. 84; con cita de las SSTS de 28 de febrero de 1959 y 7 de febrero de 1962; GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op. cit.*, p. 1020.

En cuanto al lucro cesante en la responsabilidad contractual, Morales Moreno contempla la operación de reemplazo como un derecho del acreedor en caso de incumplimiento del contrato¹⁰²³. Es decir, que, ante el incumplimiento del dentista, el paciente puede dirigirse a otro profesional para que pueda satisfacerse su interés como acreedor de una prestación de hacer y este reemplazo prestacional puede entenderse como una carga que tiene el paciente, que, en caso contrario, no podría ni probar, ni calcular el lucro cesante; constituyendo así una forma de mitigar el efecto dañoso del incumplimiento. Se trata de una medida de autotutela¹⁰²⁴ del crédito que tiene el acreedor, en caso de incumplimiento del contrato (en este caso, el paciente como acreedor de una prestación convencionalmente pactada con el dentista incumplidor).

Como ya mencionábamos en el estado de la cuestión, Díez-Picazo planteaba una serie de condiciones para que un daño sea indemnizable. A saber, que “esté causalmente enlazado con la acción u omisión de la persona a quien se quiere hacer responsable” (causalidad real), en primer lugar; la causalidad alternativa hipotética, en segundo lugar y, finalmente, la compensación de los beneficios con el daño (a la que se refiere, y antes hemos citado; es decir, la «*compensatio lucri cum damno*»)¹⁰²⁵. Castán Tobeñas, sobre

¹⁰²³ MORALES MORENO, A. M., 2010, *op. cit.*, pp. 38 y ss. Se refiere expresamente a la “compraventa internacional”, regulada por la Convención de Viena (CISG), Aunque admite su “generalización a otros contratos de intercambio (así: arts. 7.4.5 Principios Unidroit-P; 9:506 PECL, III 3:706 DCFR)”. Previamente, se ocupa de los diferentes tipos de lucro que puede obtener el acreedor de la correcta ejecución de un contrato. Para ello, en primer lugar, diferencia tres grandes tipos de intereses en un contrato: 1º) El interés en el intercambio (o la ventaja y desventaja económica del intercambio, medida como “la diferencia entre el precio establecido en el contrato y el del mercado”), 2º) El interés de la obtención de la prestación para poder extraer de ella cierta utilidad, 3º) El interés en el mantenimiento de la integridad de los demás bienes del acreedor. Analiza el lucro cesante en la responsabilidad contractual en cada uno de los casos. La operación de reemplazo la sitúa como una de las formas de indemnización en casos de resolución por incumplimiento. En caso de cumplimiento defectuoso, el acreedor insatisfecho puede exigir la *actio quanti minori*, o bien, la indemnización de daños (cita el artículo 9:401 (3) PECL) en caso de prestación no conforme. “El acreedor recibe en este caso la diferencia entre el precio que pagó por la cosa (conforme al contrato) y el que tiene en el mercado la cosa recibida”.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, p. 138.

¹⁰²⁵ DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, pp. 314-316. El autor aborda con brillantez el problema de la «causalidad alternativa hipotética» oponiéndola a la «causalidad real», con cita de diversos autores (TRIMACHI, ANTÚNEZ VARELA, entre otros) y de textos jurídicos clásicos como el *Digesto*, llegando hasta nuestro CC, en su artículo 1896 (*El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó*) “lo que quiere decir que si el deudor de la restitución prueba que las cosas se hubieran perdido,

este particular indicaba que esta regla “está explícita” en nuestro Código civil¹⁰²⁶. Por lo tanto, el perjudicado debe obtener exactamente el valor absoluto que le corresponde en el caso concreto, pues otra cosa, sería lo que denomina Galán Cortés un “empobrecimiento o un enriquecimiento injusto”¹⁰²⁷.

Ya avanzábamos en el capítulo anterior la posibilidad de que uno de los daños indemnizables derivados del incumplimiento contractual fuera el daño extra-patrimonial, y dentro del mismo, concretamente, el daño moral. Agón López defiende esta postura, tanto cuando se materializan daños no informados, en los que “puede exigirse responsabilidad médica”, como en aquellos casos en los que “la responsabilidad derive de la lesión del derecho a la autonomía del paciente, como consecuencia de la infracción del deber de información o del consentimiento informado”, afirmando que la doctrina y la jurisprudencia también lo plantean¹⁰²⁸.

La indemnización del daño moral tiene varias finalidades. Cuando sirve al principio de reparación integral, la «finalidad reparatoria», no lo es “en sentido estricto –la indemnización no puede reparar el daño moral, recuperar el equilibrio perdido, como sí lo hace en cambio, con el daño patrimonial– pero sí en su sentido más amplio: [...] todos los daños que sufre el perjudicado merecen una respuesta indemnizatoria proporcionada, incluso los no patrimoniales. [...], en segundo lugar, [...] una función de «prevención general»”¹⁰²⁹; e indirectamente puede tener un «efecto punitivo» que se parece mucho a los «daños punitivos», –institución (o escarmiento) en la que el Derecho español no debería entrar, por ser ajena a nuestro

por el mismo tipo de pérdida, encontrándose ya en poder del acreedor (causalidad alternativa), la responsabilidad cesa”.

¹⁰²⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op., cit.*, p. 253.

¹⁰²⁷ GALÁN CORTÉS, J. C., 2020, *op., cit.*, p. 1020.

¹⁰²⁸ AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, pp. 303 y ss.

¹⁰²⁹ CAVANILLAS MÚGICA, S., 2021, *op., cit.*, pp. 1394-1397.

Sistema¹⁰³⁰—“porque, en muchas ocasiones, el daño a indemnizar es tanto más intenso cuanto más reprochable es la conducta del responsable”, dice Cavanillas Múgica, que señala otro de sus efectos: «la satisfacción de la víctima», de la que afirma que “ha ido ganando protagonismo en nuestros días” y, finalmente, una «función señalizadora» que “sirve a la construcción de una sociedad más justa” por perseguir “el respeto que nos es debido y la tolerancia a la que estamos obligados” por la «pérdida de calidad de vida». Pero advierte que no solo es difícil su prueba directa (que “deberá basarse en presunciones”), sino que su cuantificación también es difícil por no haber sido “adquirido por un precio y ten(er) un valor de mercado” y que para que cumpla estas funciones “debe ser proporcionada, no arbitraria”, lo que en su opinión hace deseable los baremos; “cuando faltan esos baremos y los tribunales tienen que cuantificar un daño moral, el Tribunal Constitucional ha considerado que la decisión ha de estar debidamente motivada.”¹⁰³¹.

Nos gustaría centrar ahora el debate en el *quantum* indemnizatorio; pues lo que verdaderamente debería imperar en este tema es la seguridad jurídica en la determinación del alcance de la indemnización civil del daño.

Como hemos sostenido, el daño puede ser definido como el menoscabo de la salud de un individuo. Menoscabo que puede ser físico o psicológico. Y como hemos explicado, cuando es indemnizable, difícilmente podrá en Odontología ser verdaderamente indemnizado *ad integrum*, sino reparado con mayor o menor acierto...

El interés positivo del acreedor dañado, en mi opinión, incluye por lógica, la restitución en la situación en la que se encontraba el acreedor antes de ejecutarse el contrato, pero también, aquella situación esperada tras la realización del mismo (interés positivo), que no puede ser indiferente a la circunstancia de un contrato cuyo programa prestacional incluye la vulneración de la integridad del acreedor, que si no se cumple según lo pactado, hará nacer una serie de acciones compatibles o incompatibles entre

¹⁰³⁰ Cfr., IZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op., cit.*, p. 57.

¹⁰³¹ CAVANILLAS MÚGICA, S., 2021, *op., cit.*, pp. 1394-1397.

sí, pero que en último extremo, tratarán de satisfacer dicho interés positivo (como si se hubiera cumplido el contrato), pero que en ningún caso debería dejar empobrecido al acreedor e injustamente enriquecido a otro.

En las relaciones obligacionales, (y recordemos que del contrato nacen obligaciones, a tenor del artículo 1089 CC), se ponen a disposición del acreedor/cumplidor determinados remedios ante el incumplimiento¹⁰³², cuyo análisis económico resulta de especial trascendencia para la comprensión de las reglas jurídicas en juego que Gómez Pomar califica como “muy fructífero a la hora de ofrecer un significado funcional preciso y contrastable de las reglas jurídicas en especial a las reglas dispositivas del Derecho de Contratos”¹⁰³³; es decir, la limitación al resarcimiento de los daños «previstos o previsibles» que establece el artículo 1107 CC se ve superada por el análisis económico del Derecho que lo concibe “como un instrumento para incentivar la comunicación de información contractual privada entre las partes”¹⁰³⁴. Solé

¹⁰³² *Vid.*, ampliamente CARRASCO PERERA, Á., 2021b, *op. cit.*, pp. 1147-1364. Cita expresamente la acción de cumplimiento en forma específica, cumplimiento por equivalente a costa del deudor, indemnización de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, suspensión del propio cumplimiento, rebaja del precio, resolución del contrato y restitución del enriquecimiento obtenido por el deudor con la infracción obligacional, entre los remedios de los que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual por parte del deudor.

¹⁰³³ GÓMEZ POMAR, F., 2002, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 266. *Cfr.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Obligaciones y contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2009, pp. 1871-1873, en el Comentario a la STS de 7 de julio de 2008, (RJ 2008, 4473), el autor sostiene que la indemnización de daños y perjuicios como remedio frente al incumplimiento contractual, conforme a los artículos 1101 y 1107, tiene como «fin último» “resarcir al acreedor insatisfecho de las consecuencias y repercusiones desventajosas que el incumplimiento le ha provocado, reequilibrando en lo posible su perjudicada situación patrimonial [...] se indemniza el interés contractual positivo o del daño a la expectativa (*expectation interest, Erfüllunginteresse*), de tal forma que la cantidad otorgada sirva para dejar al contratante insatisfecho en la posición en la que se encontraría de haberse cumplido exactamente el contrato”, afirmando que “este principio se encuentra contemplado expresamente en el artículo 9:502 PECL y III. 3:702 del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*”. El resarcimiento abarca todo el menoscabo sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso... En consecuencia, la indemnización comprenderá el daño emergente y el lucro cesante (art. 1106 CC), incluyendo tanto las pérdidas sobre las personas o la propiedad, como consecuencia del incumplimiento, como las lesiones que puedan producirse en bienes de naturaleza no patrimonial (el daño moral). Se trata de indemnizar de forma íntegra el daño. Regla que se encuentra excepcionada en el régimen de responsabilidad civil contractual a ciertos daños “indemnizables”: los cuales requieren: incumplimiento de una obligación: falta de conformidad; imputabilidad del incumplimiento al deudor, existencia y prueba del daño, relación de causalidad y ausencia de compensación de culpas; imputabilidad del daño al acreedor de buena fe, con el límite del artículo 1107 (imputabilidad del daño al deudor y previsibilidad del daño), con cita de DIEZ-PICAZO, afirma que se requiere una causalidad adecuada y en aplicación de una imputación objetiva y con cita de CARRASCO PERERA, “cuando constituye la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita” y finalmente, la previsibilidad del daño “que previó o pudo prever” al tiempo de constituirse la obligación (a diferencia del deudor doloso,

Feliú aclara que, es precisamente “en el Art. 1107 CC donde se encuentran los límites y condiciones que permiten establecer en qué casos el daño —también el moral — resulta indemnizable”¹⁰³⁵.

Desde este punto de vista, ya avanzábamos en el capítulo anterior que el consentimiento informado adquiere un carácter constitutivo, conformador de la propia indemnización. Porque debemos partir de una premisa: el cálculo del quantum indemnizatorio es una función exclusivamente jurisdiccional (y como afirmaba Castán Tobeñas, el deudor culpable “de buena fe” tiene a su favor el precepto del artículo 1103 CC, que establece que la responsabilidad procedente de negligencia es susceptible de moderación por los Tribunales)”¹⁰³⁶. Es el juez quien decide la cantidad en la que valora el daño indemnizable y debe analizar la existencia, el contenido y alcance del consentimiento informado para realizar esta función jurisdiccional. Ahora bien, evidentemente, —si el juez no es dentista, ni valorador del daño—, para calcular la indemnización deberá guiarse por instrumentos legales, jurisprudencia previa y, sobre todo, por la valoración médico-legal del daño; plasmada en un informe pericial odontológico, y rara vez coincidente el de ambas partes. A veces, puede nombrar un perito judicial o pedir un informe forense.

En todo caso, será el juez quien dará mayor o menor relevancia a los diferentes informes periciales (debe tenerse en cuenta el principio de que el juzgador que recibe la prueba puede valorarla, aunque nunca de manera arbitraria). Es interesante traer la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de noviembre de 2016¹⁰³⁷, porque recoge la doctrina sobre la revisión de la prueba pericial, cuando dice en su FD 2:

que responde en todo caso), en la misma posición, *Vid.*, SOLÉ FELIU.J., 2009, *op., cit.*, p. 30, quien afirma: “el Art. 1106 CC no excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por incumplimiento contractual”.

¹⁰³⁵ SOLÉ FELIU,J., 2009, *op., cit.*, p. 31.

¹⁰³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988b, *op., cit.*, pp. 252-253.

¹⁰³⁷ STS núm. 649/2016, de 3 de noviembre (Roj: STS 4716/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4716; Id Cendoj: 28079110012016100621).

“Con carácter general, esta Sala, en su sentencia núm. 702/2015, de 15 de diciembre, ha contemplado la doctrina jurisprudencial sobre la revisión de la prueba pericial destacando, entre otros extremos, lo siguiente: [...] «En nuestro sistema procesal, como es sabido, viene siendo tradicional sujetar la valoración de prueba pericial a las reglas de la sana crítica. El artículo 632 de la LEC anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva LEC, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior.

Aplicando estas reglas, el Tribunal, al valorar la prueba por Medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

1º.-Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1994.

2º.-Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1989.

3º.-Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1995.

4º.-También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1997.

La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por Medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

1º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en tomo al resultado del dictamen pericial STS 17 de junio de 1996.

2º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1996.

3º.- Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1991.

4º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

5º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS 11 de abril de 1998.

6º.- Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995.

7º.- Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes lleven al absurdo: STS 15 de julio de 1988.”

[...] «En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010, resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho Medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso 'valorar' el expresado Medio probatorio conforme a las reglas de la "sana critica", y, de otro lado, porque el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado»”.

Si bien es cierto que hay que atender en cada procedimiento al caso concreto, no lo es menos que deberían objetivarse al máximo los mecanismos para determinar la valoración de dicho importe indemnizatorio; teniendo en cuenta la información que disponen ambas partes sobre el contenido, configuración y alcance del contrato, fundamentalmente a través del consentimiento informado y la ausencia de limitación alguna en la indemnización (en el sentido impuesto por el artículo 1107 CC), cuando así se ha configurado la relación negocial entre el dentista y el consumidor (es decir, sin haber convenido con carácter previo cuáles son los daños previsibles ex ante, a través del consentimiento informado de los riesgos previsibles inherentes al procedimiento del que se trate).

Estamos dirigiéndonos hacia el objetivo final de este trabajo: ya sabemos, qué, quién, cómo, cuándo...; pero, ¿sabemos cuánto?

Previamente, debemos recordar la cuantificación diferente que tiene la indemnización por pérdida de oportunidad, que ya avanzamos en el apartado correspondiente del capítulo cuarto (*Vid.* 4.1.1). Como sostiene Esgusquiza Balmaseda, la doctrina de la pérdida de oportunidad además de servir para identificar la existencia de un perjuicio, sirve también para su cuantificación: “Calcula las probabilidades de que los acontecimientos finalmente producidos con resultado lesivo hubiera cursado de otra manera, y la incertidumbre sobre las expectativas de desarrollo de la enfermedad o tratamiento del que ha sido privado en caso de que se hubiera llevado a cabo de otra forma el diagnóstico o tratamiento”¹⁰³⁸.

Para la cuantificación indemnizatoria, en sede Contencioso-Administrativa, el Tribunal Supremo correlaciona “la probabilidad graduada de la obtención de las expectativas o ventajas de mejora o curación que frustró el retraso.”¹⁰³⁹. La concreción global del importe de la indemnización por pérdida de oportunidad se corresponde con un porcentaje de la indemnización que debe motivarse en la sentencia correspondiente, y depende de la sana

¹⁰³⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., 2021, *op., cit.*, p. 271.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 274.

crítica que realice el juzgador sobre los elementos de prueba. Con lo que esta determinación queda en manos de los jueces... habida cuenta de la ausencia de desarrollo de la disposición adicional de la ley 35/2015, de 22 de septiembre y el carácter no vinculante del baremo que en ella se contiene.

El segundo aspecto en el que debemos detenernos a la hora de calcular el *quatum* indemnizatorio es qué daños deben indemnizarse en supuestos de ausencia de consentimiento informado.

Toda la doctrina científica¹⁰⁴⁰ sostiene que para indemnizar es necesario que exista un daño cierto y concreto, económicamente evaluable (que, en el ámbito sanitario, sea consecuencia de un mal funcionamiento del servicio sanitario o de una ejecución sin la diligencia profesional exigible, de acuerdo al caso concreto.

Cuando falta el consentimiento informado, ya hemos explicado que no existe una respuesta unánime a qué hay que indemnizar. Básicamente, como ya hemos expuesto, están la posición resarcitoria y otra, reparadora. Con diferentes interpretaciones en sede civil, y en sede Contencioso-Administrativa.

Aquí, en mi opinión, habría que estar a lo previsto en la configuración del alcance que el artículo, 1106 CC le da a la indemnización por incumplimiento contractual, ya que no deja de ser un incumplimiento de la *nova lex artis*, y por tanto de la prestación correcta que le compete al deudor, por integración de las consecuencias conformes a la ley (artículo 1258 CC), como obligación contractual: el consentimiento informado es parte del contrato de tratamiento dental. Si no está o es deficiente, el alcance de la indemnización debe ser resarcitorio, en mi opinión. Es decir, resarcitorio del interés positivo del acreedor que ha visto frustrado el negocio y se lleva un daño corporal, junto con la prestación inexacta debida (mera actividad prestacional, de servicios, pero que integra la obligación prevista en la LAP, entre otras).

¹⁰⁴⁰ Por todos, DIEZ-PICAZO, L., 2000, *op., cit.*, pp. 314-316.

Es decir, creemos que el interés positivo en el contrato de tratamiento odontológico, cuando falta el consentimiento informado (que, es un derecho fundamental, legal y éticamente exigible, además, es parte de la actividad prestacional comprometida), existe un incumplimiento contractual ab initio. Por lo que nace una responsabilidad directamente del artículo 1101 CC, y a partir de este incumplimiento, el acreedor puede ejercer ordenadamente los remedios que el Ordenamiento le otorga, incluso los indemnizatorios que, como consumidor, le garantiza el TRLGDCU.

Hay otros autores, como Rubio Torrano, que equiparan la falta de consentimiento a una pérdida de oportunidad y sostiene que en el cálculo de la indemnización en estos casos, en los que “el daño se concreta en la pérdida de oportunidad, [...] se debe de partir de la situación del paciente una vez concluida la intervención quirúrgica” y establecer una indemnización teniendo en cuenta “que le fue sustraída la posibilidad de no someterse a la misma, una vez conocidas las posibles consecuencias que ésta le podían acarrear”, por lo que se toma en cuenta una probabilidad en torno al 50%, “tomando como base unos criterios (baremo) que parten de la situación física en la que se halla el reclamante” tras la intervención. En su comentario a la STS de 16 de enero de 2012, se hace eco de “una incorrecta decantación técnica de los términos y conceptos que se utilizan” (fiel reflejo de la ambigüedad normativa, doctrinal y judicial que imperaba en el campo de la pérdida de oportunidad derivada de la ausencia de consentimiento informado, con concreción de daños no informados). Dice: “(n)o se puede seguir hablando, por ejemplo, en un mismo texto judicial de daño en un sentido ambivalente: como «daño a la salud sufrido a resultas de la intervención» y como «pérdida de oportunidad»; confieso que después de estudiar y reflexionar sobre ello no acabo de entender qué es el daño antijurídico, ni cómo se compadece la exigencia del cumplimiento de la *lex artis* con el sistema objetivo de responsabilidad, ni el alcance de la causalidad «jurídica» (que no física o filosófica)”, confesando

la inseguridad jurídica que le provoca la indefinición del alto tribunal, al reclamar “un sistema de responsabilidad civil coherente”¹⁰⁴¹.

Respecto a la cuantificación de la pérdida de oportunidad por defecto de información, Gil Membrado señala dos enfoques principales: el primero, desde el enfoque en la causalidad probabilística (en la que, por un lado “habrá que determinar en qué medida el daño causado al paciente se hubiera evitado o mitigado de contar este con la información precisa. Por otro lado, también habrá que precisar en qué grado la conducta descuidada del profesional ha habré influido en la producción del resultado.”). El segundo, desde la identificación del daño con la propia lesión de la oportunidad como el interés protegido de forma autónoma (“pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”), de forma que si las posibilidades de éxito fueran altas, la pérdida de oportunidad se resarciría en mayor proporción; mientras que que si dichas posibilidades de éxito fueran menores, el porcentaje de indemnización sería inferior “sin llegar en ningún caso a la reparación íntegra, puesto que nos hallamos en el campo probabilístico.” La indemnización, en estos casos, “debe cuantificarse no conforme a la pérdida de salud que haya experimentado a consecuencia de la intervención, sino conforme a la pérdida de expectativas” (porcentaje de la oportunidad de haber evitado un resultado desfavorable “reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haber actuado diligentemente.”). Resultando habitual que la indemnización por pérdida de oportunidad, en los casos de defectos en la información, “se relacione con una fracción del daño corporal considerado en su integridad”¹⁰⁴².

Asúa González, muy recientemente, se reafirma en que, mientras “la lesión de la autonomía del paciente sin hacer causa de la incertidumbre respecto del resultado [...] parece que se ha se ha asentado en la Jurisdicción

¹⁰⁴¹RUBIO TORRANO, E., 2012, *op. cit.*, pp. 58-59.

¹⁰⁴²GIL MEMBRADO, C., 2021, *op. cit.*, pp. 1087-1091. *Cfr.*, ampliamente, ASÚA GONZÁLEZ, CLARA I., 2008, *op. cit.*, p. 8. Al tratarse de meras «probabilidades graduables», su indemnización será “un porcentaje del daño que pudiera causarse.”

contencioso-administrativa”; actualmente, en sede civil, la ausencia de consentimiento (más bien, la ausencia de información previa sobre las complicaciones que luego se materializarán) la “pérdida de oportunidad de evitar el daño final” tiene consideración como daño indemnizable autónomo¹⁰⁴³, en este sentido en la STS núm. 227/2016, de 8 de abril (FD2), se afirma que la “responsabilidad se residencia no en una negligente o defectuosa práctica del acto médico quirúrgico, sino en la falta adecuada de información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento de causa si consentía aquella. [...]

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 de mayo de 2006; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 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 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008).”¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2021, *op., cit.*, pp. 455 y 461-462. Afirma que, en la doctrina de la pérdida de oportunidad, la indemnización se fija «teniendo en cuenta la probabilidad de que, con el comportamiento debido, el daño final no se hubiera producido» (entendiendo por tal, que se hubiera evitado el «daño patrimonial y moral de la lesión a la salud o la vida» para el lesionado no informado y un «daño reflejo» en los perjudicados, en caso de muerte). Un poco más adelante, en relación a este daño autónomo, dice: «respecto del interés lesionado, se está propiamente en un plano de causalidad parcial». Esa fue su predicción mucho tiempo atrás. *Cfr.* ASÚA GONZÁLEZ, C. I., 2008, *op., cit.*, p. 100, cuando dijo: «está por ver que nuestra jurisprudencia transite por la pérdida de oportunidad en su sentido propio.», Casos en los que se indemnice no por el daño final, sino por la lesión del derecho del paciente a tener la oportunidad de decidir sobre su proceso (autonomía decisoria), sin entrar en la inexistente incertidumbre respecto del daño.

¹⁰⁴⁴ STS núm. 227/2016 de 8 de abril, Roj: STS 1427/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1427 , Id Cendoj: 28079110012016100215. *Cfr.* BARCELÓ DOMÉNECH, J., 2018, *op., cit.*, pp. 290 y ss, en el comentario a esta

Además del daño corporal, materializado en el agravamiento de la invalidez que presumidamente ocurriría después, y del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, conjuntamente con lo anterior, se tuvo en cuenta en la sentencia recurrida (aunque metodológicamente aparezcan entremezcladas las consideraciones al respecto): una pérdida de oportunidad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes. Fuera de estos casos de daño moral, pérdida de oportunidad, o ausencia de consentimiento informado (en los que no siempre se ha indemnizado la ausencia completa de la preceptiva previa información; al principio, sólo si existía daño corporal, y últimamente, según afirma Munar Bernat, se opta por una indemnización proporcional basada en la en la incertidumbre de qué hubiera pasado si el destinatario de los servicios sanitarios hubiera tenido la información)¹⁰⁴⁵.

Precisamente porque nos encontramos en un Estado de Derecho, éste tiene que ofrecer una absoluta seguridad jurídica, que hoy por hoy, no existe en este ámbito.

sentencia, el autor señala su «interés, no solamente por constatar como infracción de la *lex artis ad hoc* el hecho de no haber facilitado la adecuada información al paciente a fin de que pudiese valorar someterse o no a la intervención quirúrgica, sino también por la forma en que identifica el daño y procede a su cuantificación». La importancia radica en el tratamiento que da el Tribunal Supremo, al “daño indemnizable, puesto en relación con la mencionada ausencia de autonomía de la voluntad, consiste, pues, en que la evolución de la lesión, que se quiso el ralentizar y minimizar, a causa de la operación quirúrgica se aceleró de forma casi inmediata”. Acreditado daño (que es tanto corporal como moral), resulta aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad (de haberse sustraído a la actuación médica, una vez conocidos sus riesgos) para modular, moderar o mitigar la cuantía indemnizatoria.

¹⁰⁴⁵ *Cfr.*, MUNAR BERNAT, P. A., 2012, *op., cit.*, pp. 114 y ss. El autor, además de aquellos supuestos en los que la ausencia de consentimiento se da en casos de *wrongful birth* y *wrongful life* (que ya distinguiera Maciá Morillo), realiza una exposición sistemática sobre los criterios jurisprudenciales para cuantificar la indemnización a satisfacer al paciente que no ha sido correctamente informado, y entre otros grupos, destaca aquellos supuestos en los que si el paciente hubiera conocido las consecuencias no se habría sometido a la intervención (más vinculado a supuestos de medicina satisfactiva), en los que “se indemniza por los totales perjuicios causados”. Describe otro grupo de supuestos en los que “se indemniza la omisión como daño moral”, en atención a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente y del daño patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad. Un tercer grupo de casos se indemnizan por “la pérdida de oportunidad o de expectativa, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con “una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de las circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa no informada, posibilidades de fracaso)”.

Las sentencias, a veces dispares, a veces contradictorias, pero todas ellas con una determinada cuantía variable, para casos esencialmente similares, nos dan una pista acerca de hacia dónde debemos dirigir el debate: un baremo de indemnización objetivo y tangible. Así como, concretamente, hacia el estudio de las reglas de su aplicación.

Y aquí nos topamos con uno de los aspectos prácticos de este trabajo: primero contextualizar el daño personal en Odontología, mediante el trazado de una travesía desde los primeros sistemas de determinación del daño dental y su evolución histórica, para llegar a un puerto concreto: proponer mejoras en el sistema de valoración del daño dental que sean compatibles con la legislación actual (y –no nos queda otra–, con la interpretación que hacen nuestros tribunales cuando lo aplican).

Creemos haber transmitido la secuencia que queríamos seguir desde un principio en la realización de este trabajo: partiendo del consentimiento informado, de su contenido y alcance, pasando por los sujetos que en el mismo intervienen, analizadas las relaciones jurídicas que conforman el contrato de tratamiento odontológico, y los requisitos para que fuera exigible la responsabilidad ante la producción de un daño, llegamos ahora al puerto al que queríamos llegar: el daño dental y su valoración como presupuesto de una indemnización.

5.2. El seguro de responsabilidad civil obligatorio: aseguramiento de la responsabilidad civil sanitaria personal en la Clínica dental

Antes de entrar en la valoración técnica en términos económicos del daño, debemos abordar brevemente un aspecto que parece claramente relevante en este tema: el seguro de responsabilidad civil. Sostiene Atienza Navarro que no pocas veces, “la indemnización”, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, “es satisfecha por una compañía

aseguradora, con la que el dañador tiene concertado un seguro de responsabilidad civil.”¹⁰⁴⁶.

Los dentistas, como profesionales sanitarios tienen la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil, como hemos apuntado anteriormente, a tenor de lo dispuesto en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones sanitarias, cuando ejerzan su profesión en el ámbito privado (y, muy recomendablemente, si ejercen en el Sistema Público de salud). Esto es así porque el artículo 46 de dicha Ley de Ordenación de las Profesiones sanitarias establece que “los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios [...], en el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medida necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación”.

Según párrafo primero del artículo 73 LCS, por el seguro de RC “el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”. La Abogacía del Estado entiende que “dicha noción debe ser completada”; en primer lugar (art. 74 LCS) en lo referente a la obligación del asegurador de “asumir la defensa” del asegurado frente a las reclamaciones que pudiera formular terceros. Junto con la acción directa del art. 76 LCS, y en segundo lugar, no solo las condiciones generales, sino las “condiciones particulares, que contiene aspectos concretos relativos al tipo de riesgo individualizado que se asegura [...] y, finalmente,

¹⁰⁴⁶ ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil (II)*, Capítulo 30, en DE VERDA Y BEAMONDE, J. R., (COORD.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)* 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021b, p. 621.

las condiciones especiales, cuyo objeto es el ámbito de cobertura en toda su extensión y limitaciones”¹⁰⁴⁷ (es decir, la delimitación del objeto del seguro). Dice Atienza Navarro que el artículo “76 LCS contempla la acción directa de la víctima frente al asegurador, de modo que aquella no ha de demandar necesariamente al asegurado”¹⁰⁴⁸, pues ambos son responsables solidarios. En la acción directa “el nacimiento del crédito es absolutamente extracontractual e independiente de la voluntad de las partes”¹⁰⁴⁹.

En el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil, “el título en virtud del cual el acreedor directo puede reclamar del deudor intermedio es un vínculo de responsabilidad extracontractual, es decir, no se produce un nacimiento voluntario de un crédito como consecuencia de una prestación que realiza el acreedor directo”¹⁰⁵⁰.

No resulta descabellado pensar que las compañías aseguradoras hayan sido las mayores interesadas en la elaboración de baremos, como veremos más adelante, puesto que son éstas quienes están obligadas solidariamente al pago de la correspondiente indemnización; aunque dispongan de la vía de regreso (ejerciendo la acción de repetición¹⁰⁵¹), a la que ya nos hemos referido anteriormente.

Como expusimos en la introducción, existe un aumento generalizado de reclamaciones económicas ante la materialización de riesgos o aparición de daños derivados de la actividad sanitaria.

¹⁰⁴⁷ DE FUENTES BARDAJÍ, J., CANCER MINCHOT, P., FRÍAS RIVERA, R., y ZABALA GUADALUPE, J. J., (Dir.), 2009, *op. cit.*, p. 490.

¹⁰⁴⁸ ATIENZA NAVARRO, M. L., 2021b, *op. cit.*, p. 621.

¹⁰⁴⁹ HERNÁNDEZ ARRANZ, M., 2005, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁵⁰ *Ídem.*

¹⁰⁵¹ *Cfr.*, ÁLVAREZ OLALL, M. P., “Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica”, *Rev. Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2015, pp. 143 y ss. Más recientemente, *Vid.*, MONTERROSO CASADO, E., 2019, *op. cit.*, p. 469.

El seguro de responsabilidad civil es una obligación legal que tienen los profesionales sanitarios en el ejercicio privado de su profesión. El riesgo cubierto por el seguro de RC “suele delimitarse en relación al desarrollo de determinada actividad del asegurado”, como por ejemplo, “el ejercicio de una determinada profesión”¹⁰⁵². Asensi Pallarés y Cid-Luna Clares reconocen que existe una “cultura de la compensación, y no solo afecta a los profesionales de la sanidad, sino a cualquier profesional en general”, para añadir a continuación que uno de los motivos del aumento de reclamaciones es, precisamente, la propia existencia de un seguro obligatorio de responsabilidad civil pues, en lo que denominan “responsabilidad por aseguramiento”, que actúa como causa de imputación de la responsabilidad, “como si por el mero hecho de que un profesional o actividad estén asegurados, ha de conllevar que el seguro actúe y pague al perjudicado” y señalan que los jueces muestran “menos reparos en conceder la indemnización” cuando se topan con una compañía aseguradora en el Procedimiento. Con cita de YZQUIERDO TOLSADA, afirman que la mera existencia de un seguro de responsabilidad civil obligatorio en el caso de la sanidad privada, se puede entender el seguro como “una verdadera causa de imputación de responsabilidad”¹⁰⁵³ «absolutamente inaceptable»¹⁰⁵⁴.

Además, nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la acción directa, que permite el artículo 76 LCS, para pedir la indemnización directamente a la Aseguradora de la Responsabilidad Civil, sin que pueda oponer la compañía al actor las excepciones que pudiera oponer al asegurado. Todo ello, claro está, si en la configuración de correspondiente póliza, en sus cláusulas delimitadoras del contrato, el concreto siniestro está dentro del objeto del contrato de seguro...

¹⁰⁵² LACRUZ BERDEJO, J. L., 2012, *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁵³ ASENSI PALLARÉS, E., y CID-LUNA CLARÉS, Í., *El seguro de responsabilidad profesional en el ámbito sanitario*; en PALOMAR OLMEDA, A., y CANTERO MARÍNEZ, J., (Dir.), *Tratado de Derecho sanitario*, Vol. II, Cap. 50; Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2013, pp. 318-319.

¹⁰⁵⁴ *Cfr.*, YZQUIERDO TOLSADA, M., 2020, *op. cit.*, p. 305.

5.3. La valoración en términos económicos del daño bucodental como daño personal

La valoración específica de las secuelas dentales como menoscabo económicamente cuantificable es muy reciente¹⁰⁵⁵ y, como veremos los instrumentos legales para su cuantificación podrían tener un amplio margen de mejora.

Lo cierto es que, en todas las disposiciones normativas específicas sobre valoración de secuelas, se ha mantenido la idea de un baremo, con un sistema de puntos en rango variable, atendiendo a la mayor o menor amplitud de menoscabos funcionales producidos como consecuencia de una secuela. Así, la Orden de 5 de marzo de 1991 por la que se da publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor, consideraba el baremo como procedimiento apto para calcular las provisiones técnicas para siniestros o prestaciones pendientes correspondientes a dicho seguro¹⁰⁵⁶. A continuación, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los

¹⁰⁵⁵ Cfr., RODRÍGUEZ MENACHO, D., RUÍZ JIMÉNEZ, J., SERRANO GIL, A.D., y CASTAÑO SÉQUER, A.L., “Evolución histórica de la baremación del daño dental derivado de la responsabilidad profesional”, *RCOE: Revista del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España*, Vol. 24, núm. 3, (septiembre), 2019, pp. 95-98. Tiene cierta importancia porque señala los antecedentes históricos de la valoración legal del daño dental, cuando dice “la norma más antañona sobre la materia fue el *Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria*, al que se anexaba un «cuadro de lesiones y enfermedades» (Real Decreto 712/1977, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el cuadro de lesiones y enfermedades anexo al mismo (BOE núm. 96, de 22 de abril). En dicho Reglamento, la conversión de lesiones en valores económicos no era automática, sino que ya consideraba la «alteración funcional» producida con ocasión de la secuela y un sistema de «puntos» para aquellas de gran entidad (1-15 puntos, cuando la consistía en la pérdida completa o casi completa de los dientes superiores e inferiores y de los alveolos con prótesis tolerada y mejoría funcional comprobada o una horquilla entre 15 y 30 puntos, cuando concurriese la imposibilidad de tolerar la prótesis). Hasta la regulación actual, por tanto, el baremo permite interpretar *de lege lata* un rango de valoración en «puntos de secuela», (según la mayor o menor intensidad del menoscabo funcional permanente sufrido.

¹⁰⁵⁶ Orden de 5 de marzo de 1991 por la que se da publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor, y se considera al mismo como procedimiento apto para calcular las provisiones técnicas para siniestros o prestaciones pendientes correspondientes a dicho seguro (BOE núm. 60, de 11 de marzo). Contemplaba la pérdida traumática de cualquier diente (0 y 1 puntos) o pérdida completa de la arcada dentaria con prótesis tolerada (3 y 8 puntos). *Vid.*, RODRÍGUEZ MENACHO, D., RUÍZ JIMÉNEZ, J., SERRANO GIL, A.D., y CASTAÑO SÉQUER, A.L., 2019, op., cit., pp. 95 y ss. No solo este proto-baremo de 1992 siguió la misma técnica que el cuadro de secuelas del Reglamento de 1997, sino todos los baremos posteriores han mantenido la posibilidad de valorar con mayor o menor intensidad la secuela bucodental. Es decir, su interpretación *de lege lata*, otorgándose un rango de valoración en «puntos de secuela», según la mayor o menor intensidad del menoscabo funcional permanente.

Seguros Privados, por la que se incorpora a la normativa vigente en responsabilidad civil y seguro por vehículos a motor un anexo fundamental denominado «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de aplicación analógica a daños por la actividad sanitaria; y cuya modificación por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación¹⁰⁵⁷, contempla expresamente esta analogía, ante la inexistencia de un baremo sanitario específico. («Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria», en palabras del legislador)¹⁰⁵⁸.

Ya sea como consecuencia de heridas de guerra, o bien por accidentes, el tratamiento legal que se ha dado a la cuantificación del perjuicio ocasionado por la producción de una secuela en la esfera odontoestomatológica ha ido de la mano, desde 1997, de una interpretación de mayor o menor afectación funcional (menoscabo funcional) como consecuencia de la generación de una secuela bucodental, que se traduce a una cuantificación económica o fijación de un *quantum* indemnizatorio para abordar un aspecto que entraña gran dificultad, seguramente, por lo complejo que resulta darle un valor económico a la reparación de algo que, recordemos, casi siempre es irreparable¹⁰⁵⁹.

Lo hacemos conscientes de la existencia de una incertidumbre, en la que, para casos similares, la cuantía de la indemnización que recibe el titular del derecho de crédito indemnizatorio, actualmente, no es la misma. Se ha afirmado, en relación a los baremos, que, desde que se establecieron en el ordenamiento español, “Jueces y Magistrados los ha aplicado orientativamente

¹⁰⁵⁷ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 23 de septiembre).

¹⁰⁵⁸ La Ley 35/2015 consta del citado Preámbulo, un artículo único con nueve apartados y entre otras disposiciones transitorias, derogatoria y finales, tres disposiciones adicionales (entre las que destaca la "Disposición adicional tercera. Baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria" que establece que este sistema de valoración «servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria», sobre la que avanzaremos en el siguiente apartado) y finalmente, acompaña el largo y famoso Anexo IV, en el que se sistematiza el cálculo del *quantum* resarcitorio.

¹⁰⁵⁹ Vid., Díez-PICAZO, L., 2000, *op. cit.*, pp. 41-42.

a otro tipo de accidentes”¹⁰⁶⁰ (refiriéndose a los derivados no por accidente de circulación, por vehículos a motor, sino que su fuerza expansiva los lleva a ser considerados en otro tipo de accidentes, e incluso a los daños generados en la práctica sanitaria). Sin embargo (dice), existe una “disparidad de criterios jurisprudenciales sobre la aplicación analógica de los baremos para la valoración de daños personales [...]”¹⁰⁶¹, con cita de la STS de 20 de junio de 2003, que así lo rechaza.

Veremos más adelante que, en la actualidad, el baremo de tráfico sí que tiene vocación de reparación *ad integrum* del daño. Que sean orientadores y no vinculantes, tiene razón de ser, explicada y justificadamente, por parte de la doctrina jurisprudencial del alto tribunal. Afirman los autores que “el argumento del Tribunal Supremo es formalmente intachable: donde no hay identidad de razón, no cabe analogía. Lo cuestionable, precisamente, es que no la haya: producido un accidente lo verdaderamente relevante para la responsabilidad civil es el daño, el mejor modo de repararlo y prevenirlo, y no quién haya sido su causante, cómo se haya producido, en qué concreto sector de actividad haya tenido lugar o, en última instancia, cuál sea el régimen de responsabilidad aplicable”¹⁰⁶². Afirmación con la que no solo estamos plenamente de acuerdo, sino que es la apuesta de la propuesta de modernización del derecho europeo de contratos, tal y como hemos ido desgranando. Precisamente, alrededor de esta idea ha sido conceptualizada la Tesis que mantenemos: una vez producido un daño indemnizable, debemos contar con mecanismos útiles y pertinentes para poder reparar el daño, sea cual sea el instrumento, para reparar en lo posible (o compensarlo).

Aunque, evidentemente, los baremos no son la panacea y, como todo, muestran fallos, no podemos obviar que son muchas las ventajas que tiene la existencia de un baremo: “(f)acilita la comprensión del informe pericial:

¹⁰⁶⁰ BANDRÉS MOYA, F., DELGADO BUENO, S., SÁNCHEZ-CARO, J., (Eds.). *Cuadernos del Máster en Derecho Sanitario*. Tomo III. Madrid. D. Toxicología y Legislación Sanitaria. F. Medicina U.C.M. 2001, Madrid, 2004, p. 31.

¹⁰⁶¹ *Ídem*.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 32.

uniformiza los criterios de cuantificación, aproximando los casos de valoración a lo más cercano posible al concepto de Justicia, de tal modo que casos similares sean tratados de igual forma”. Habilita con mayor facilidad la posibilidad de cerrar “acuerdos amistosos fuera de la vía judicial” y a las mutuas y compañías aseguradoras, “les permite hacer previsiones económicas” necesarias para su funcionamiento¹⁰⁶³.

En la actualidad son dos los baremos de referencia a la hora de calcular en términos económicos dicho *quantum* indemnizatorio: el *Baremo de daños del Consejo General de Colegios Oficiales de Dentistas de España*¹⁰⁶⁴, que remite al *Baremo de tráfico*, modificado en 2015, como hemos explicado, por el Anexo IV introducido por la Ley 35/2015, de 1 de octubre. La cual pretendía *incrementar la protección de las víctimas* mediante la garantía de una indemnización suficiente; pues, “una vez transpuestas las sucesivas directivas comunitarias que pretenden armonizar la responsabilidad civil [...], nos seguimos encontrando con una enorme disparidad en las cuantías indemnizatorias al compararlas con otros países miembros de la Unión Europea, siendo evidente que nuestro país se sitúa detrás de los países europeos más avanzados en esta materia.”.

El título IV del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, introducido por la modificación operada a través de esta Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, tiene vocación de servir como referente para la indemnización de daños por mala praxis médica.

¹⁰⁶³ HERNÁNDEZ CUETO, C., “El uso de baremos en la valoración de daños personales: la reforma del baremo de tráfico”, *Cuad. med. Forense*, 2014, vol. 20, n.4, p. 147.

¹⁰⁶⁴ ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la Odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional. Aprobado por unanimidad, por la Asamblea General en la reunión de 30 de septiembre/1 de octubre de 2005 (Acuerdo AA27/2005). 35 pp.

La peculiaridad introducida por esta reforma, entre otras, es “la obligatoriedad de usar el baremo descrito en el Título IV para la baremación de la valoración del daño y los perjuicios personales y patrimoniales acaecidos en los accidentes de tráfico”¹⁰⁶⁵. La descripción completa de las secuelas del sistema osteoarticular maxilo facial y la boca, (contenidas en la página 405 del baremo del texto consolidado en PDF, y página 84877 del BOE), recoge los códigos y la descripción de las posibles secuelas, junto con sus puntuaciones correspondientes. Por tanto, en la cuantificación de las secuelas bucodentales, tendremos que acudir a las descritas desde el código 02042 al 0258; en cuanto a las secuelas maxilofaciales propiamente dichas.

Las *novedades* que incorporó este baremo, en cuanto a la valoración de los daños orales y maxilofaciales, son la inclusión de cinco secuelas dentro del apartado «Sistema osteoarticular» (Capítulo II. Apartado D.1), se refiere a una alteración traumática de la oclusión dental por lesión inoperable, deterioro estructural de maxilar superior o inferior¹⁰⁶⁶; pérdida de sustancia palatina; limitación de la apertura de la articulación temporomandibular, señalando el rango de la apertura mandibular afectada, como criterio para establecer los puntos de secuela y finalmente, se mantiene el material de osteosíntesis, como ya estaba en el baremo anterior; y por otra parte, en cuanto al «apartado de Boca» (Capítulo II, Apartado D.2.), destaca como novedades relativas a la valoración del daño dental, que se amplía a dos los puntos por “pérdida completa traumática” si la superficie masticatoria es mayor (premolares y molares); aunque se sigue considerándose cada incisivo o canino como 1 punto de secuela. Este autor sostiene que “Otra novedad importante es la corrección de la valoración del daño dental en función de la rehabilitación protésica utilizada para sustituir los dientes ausentes. Esta corrección se

¹⁰⁶⁵ CALIXTO GALÁN J., “Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario”, *XXII Congreso AEDS*, 2015, p. 28, online. Disponible en <http://www.aeds.org/congreso/XXIIcongreso/Juan%20Calixto%20Galan.pdf>,

¹⁰⁶⁶ PEREA PÉREZ, B, 2015, *op. cit.*, p. 161. Señala el autor que en la valoración de esta secuela se han introducido modificaciones respecto a la anterior versión; diferenciándose la afectación de una o de ambas hemiarquadas. Se excluye de la valoración el hueso alveolar «cuyas variaciones están asociadas generalmente a la presencia o no de dientes, y que se valora en otro apartado». Finalmente, «se amplía la horquilla de valoración a los 20-75 puntos» (frente a los 40-75 de la versión anterior).

realiza sobre el resultado de la suma del valor de todos los dientes rehabilitados (redondeando al número entero superior si es necesario). En caso de rehabilitación mediante prótesis removible, se resta el 25% del valor; si la rehabilitación se realiza mediante prótesis fija dentosoportada (la que se apoya en los dientes remanentes) se resta un 50% del valor; y si la rehabilitación se hace utilizando prótesis fija implantosoportada se resta el 75% del valor de los dientes afectados y rehabilitados”¹⁰⁶⁷.

Valorar no es una tarea precisamente fácil, y requiere, en mi modesta opinión, ciertas dosis de intuición y de conocimiento empírico, científico y legal, a partes iguales. “los daños estomatológicos y maxilofaciales son consecuencia frecuente, no solo de los accidentes de circulación, sino también de otro tipo de circunstancias (accidentes deportivos, agresiones, mala praxis odontológica, etc.) que son habitualmente valoradas mediante el baremo de secuelas de accidentes de tráfico”¹⁰⁶⁸. Definitivamente, valorar (adaptar la realidad del daño al baremo) no es tarea fácil: en eso coincidimos con Pomares, cuando opina que “en algunos supuestos existen tratamientos muy específicos «odontológicos, psiquiátricos, estéticos, de extracción de material de osteosíntesis...» que ofrecen importantes dudas en cuanto a su consideración como período de baja o como mero tratamiento secuelar realizado tras la estabilización de las lesiones. [...] Sin embargo, la nota del baremo médico contenida en la tabla 2.A.1, reproduciendo la regla 3 de la tabla VI del anterior sistema, indica: Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de secuela, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas de lesiones temporales, computando en su caso, los efectos que producen y con base en el cálculo razonable que se estime de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional, y hasta su total curación. Es decir, aquellas secuelas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo no tienen la consideración de tales, calculándose su duración a efectos de cómputo como «lesiones temporales». No obstante, esta declaración es una precisión conceptual que, al

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, pp. 161-162.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 169.

no estar contenida en el texto articulado sino en el Anexo -y además mediante nota- goza de menor rango jurídico que el artículo 93 de la Ley, por lo que su eficacia está limitada a un mero alcance interpretativo del baremo médico”¹⁰⁶⁹.

La particularidad de este baremo es que no se puede indemnizar de forma diferente ni cualitativa ni cuantitativamente el daño, puesto que la premisa fundamental es la objetividad.

Sucintamente, el baremo de tráfico, define en su Capítulo primero, los daños que son objeto de valoración: muerte, secuelas y lesiones temporales (artículo 34), “de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes y con lo reflejado, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3 contenidas en el Anexo”; separando, según lo establecido en el número 2 del mismo artículo, la reparación de los perjuicios personales básicos (tablas 1.A, 2.A y 3.A), de los perjuicios personales particulares (tablas 1.B, 2.B y 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (tablas 1.C, 2.C y 3.C). En este baremo, “la modificación y organización del listado de secuelas es por aparatos/sistemas y órganos (sentidos), a diferencia del anterior, que presentaba una organización por regiones anatómicas, aparatos y órganos-estructuras anatómicas”, dándole una ordenación diferente¹⁰⁷⁰.

El baremo atiende la valoración sobre tres conceptos axiales: la estabilización lesional, el principio de equidad y el de proporcionalidad; y sus principios fundamentales, recogidos en el artículo 33, son el de la «reparación íntegra del daño» (es decir, «situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente») y su preparación vertebrada; o «de integración», valorando por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos

¹⁰⁶⁹ Cfr. POMARES BARRIOCANAL, J. A., 2018, *op. cit.*, p. 223.

¹⁰⁷⁰ PERA, F. J. y PEREA, B., “Nueva tabla 2.A.1. del baremo médico. Clasificación y valoración de las secuelas en accidentes de circulación en España”, *Rev Esp Med Legal*, 41 (4), 2015, p. 143.

conceptos perjudiciales. Lo que se pretende es la «objetivación en la valoración del daño»¹⁰⁷¹.

El artículo 136 (Determinación de la indemnización del perjuicio personal básico) establece que será el «perjuicio común» que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o la estabilización de la lesión y su conversión en secuela.

La indemnización por pérdida temporal de calidad de vida, o «perjuicio personal por pérdida de la calidad de vida», del artículo 137, compensa «el perjuicio moral particular» que sufre la víctima por el impedimento o la limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal. En el artículo siguiente, establece una gradación de la «pérdida de la calidad de vida» diaria (muy grave, grave, moderada o impedimento psicofísico) hasta la curación o la estabilización de las lesiones. Y el artículo 139 remite a la tabla “3.B.” del baremo, para la valoración del «perjuicio personal diario por pérdida de calidad de vida» que incorpora, para cada uno de los grados, el importe del perjuicio personal básico. En el artículo 140 (Perjuicio personal particular causado por intervenciones quirúrgicas), se introduce una novedad: dentro de dicha tabla 3.B, se valora el perjuicio personal particular por cada intervención quirúrgica graduado según las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

El «perjuicio patrimonial por las lesiones temporales» se valora, a tenor del artículo 141 (Gastos de asistencia sanitaria/desplazamientos con razón de ésta), hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela. Contemplando el artículo 142, una serie de gastos diversos resarcibles (los incrementos de los costes de movilidad del lesionado,

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, pp. 29-30. Coincide el autor en señalar la reparación íntegra del daño se trata de una mera utopía filosófica, (como ya lo hiciera Díez-PICAZO, LUIS, 2000, *op. cit.*, pp. 41-42), acerca de la irreparabilidad del daño. Pues, como dice el primero: «porque entendemos que la total indemnidad, en el ámbito de los daños corporales, es un principio que se incardina más en la esfera de lo filosófico y, como tal, aceptable [...]; pero incongruente con la pretensión de reparar un daño que, por su propia naturaleza –la vida y la integridad física y/o psíquica no tienen precio– no es traducible económicamente, sino solo compensable».

los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera y, en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba; siempre que se justifiquen y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares y hasta la curación o la estabilización de la lesión temporal y su conversión en secuela. También contempla la Ley, en su artículo 143 la indemnización por lucro cesante por lesiones temporales (pérdidas de ingresos).

En cuanto a las secuelas, se valoran las secuelas funcionales (asimilables a porcentajes de limitación funcional), por un lado; y las secuelas estéticas, por otro¹⁰⁷². Además, ante secuelas concurrentes, el artículo 98 señala la «fórmula de Balthazar» para calcular la puntuación final del perjuicio psicofísico:

$$[[(100 - M) \times m] / 100] + M.$$

Donde “M” es la puntuación de la secuela mayor y “m” la puntuación de la secuela menor.

Es importante señalar lo previsto en el artículo 100 (Secuelas agravatorias de estado previo), por cuanto, “la secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella” (puesto que es una concausa, estimamos nosotros). Si no está prevista, sigue diciendo este artículo 100, “la puntuación

¹⁰⁷² Vid., RODRÍGUEZ VALIENTE, A., y VÁZQUEZ SASOT, A., “Revisión y crítica de la valoración del daño estético. Propuesta de un nuevo baremo”, *Cuad. Med. Forense*, 2014, 20(1), pp. 26-35. Los médicos valoradores del daño corporal ya ansiaban un nuevo baremo que contemplase de forma separada el daño estético, pero con medida: pedían un baremo con “criterios comunes”; porque incluir el perjuicio estético “dentro de un baremo mayor, como es el del daño funcional, sólo contribuiría a infravalorarlo y a diluir su trascendencia”. Ponían de manifiesto que considerar el perjuicio estético de forma independiente es necesario por la importancia que tiene en el daño estético “que para muchos pacientes es incluso mayor que la del daño funcional”. En contraposición, exponen, que “contemplarlo como un apartado independiente podría contribuir a una sobrevaloración del perjuicio estético”, por lo que proponían un baremo objetivo y “estructurado”; lo menos subjetivo posible. Cfr. MALDONADO, M. B., “Lesiones dentarias: valoración del daño odontológico”, *Cuad. Med. Forense*, 2005, 4 (1), p. 57. Lo cierto es que los dientes no solo poseen un valor funcional en cuanto a la masticación, o la fonética; sino que su propio valor estético que no pasa desapercibido: “La importancia estética irá en orden decreciente desde el sector anterior, grupo de incisivos, caninos, al sector latero-posterior premolar y molar. Las piezas del maxilar superior, tienen mayor valor estético que las inferiores, por eso sus valores serán más elevados”.

será la resultante de aplicar la fórmula: $(M - m) / [1 - (m/100)]$. Donde «M» es la puntuación de la secuela en el estado actual y «m» es la puntuación de la secuela preexistente”. Sobre esta novedad, señala la doctrina que “en cualquier caso, será un médico forense o perito de parte quien determine el carácter agravatorio de la secuela una puntuación actual y anterior”¹⁰⁷³.

El artículo 104 establece el «régimen de valoración económica de las secuelas», de forma inversamente proporcional a la edad del lesionado, y evidentemente, se incrementa, según aumenta ésta, la puntuación que se alcance. Remite a la «tabla 2.A.2.», de valoración del perjuicio estético y del perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial con el daño moral que le corresponde, según la duración, extensión e intensidad del perjuicio.

Hay que recordar que el aparato estomatognático, en concreto el sistema dentario, cumple básicamente tres funciones: “masticatoria, fonética y estética”¹⁰⁷⁴, por lo que la valoración del perjuicio estético derivado de la pérdida de un diente debe ser consecuente con la posición que ocupa en la arcada; no es lo mismo un diente anterior que uno posterior, al igual que el daño derivado de la función masticatoria, dentro de la secuela de pérdida dentaria, es mayor si el diente tiene una posición premolar o molar (2 puntos) o incisivo-canina (1 punto de secuela) como se contempla actualmente, porque a cada pieza se le debe asignar un valor según la función que realiza en el sistema estomatognático. En concreto, sobre las secuelas estéticas, el artículo 102 gradúa el perjuicio estético, que se realiza mediante la asignación de una horquilla de puntuación a cada uno de los grados (importantísimo, muy importante, importante, medio, moderado y ligero)¹⁰⁷⁵; teniendo en cuenta

¹⁰⁷³ PEREÑA MUÑOZ, J. J., “Análisis del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015: indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales”, *Rev. Responsabilidad civil y Seguro*, 2016, 57, p. 15.

¹⁰⁷⁴ MALDONADO, M. B., 2005, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁷⁵ *Cfr.* BARES JALÓN, V., ARNÁIZ SECO, M. D., GARCÍA ESPINOSA, C., “El perjuicio estético en el nuevo baremo”, *Rev Esp Med Legal*, 2015;41(4), pp.210-211. Los autores recogen literalmente los grados del perjuicio estético que se definen en el baremo, incluso los ejemplos que contiene: a) Importantísimo: corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el producido por las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal. b) Muy importante: de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de 2 extremidades o tetraplejía. c) Importante: de menor entidad que el anterior, como el producido por la amputación de alguna extremidad o la paraplejía. d) Medio: de menor entidad que el anterior, como el producido por la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona

cuatro factores: el grado de visibilidad ordinaria del perjuicio, la atracción a la mirada de los demás, la reacción emotiva que provoque y la posibilidad de que ocasione una alteración en la relación interpersonal del perjudicado. Lo cual hace pensar a estos autores que también se ha conseguido hacer los rangos de puntuación “más homogéneos en este nuevo baremo: la horquilla de puntos se va alargando de una forma proporcionada y progresiva al ir incrementándose el grado de severidad del perjuicio estético, y se ponderan menos los niveles más leves a favor de los niveles más graves”. Lo que consideran “una mejora en la «cualificación» del perjuicio, en su graduación y puntuación”. Acerca del perjuicio estético, “cuando se describen los grados del perjuicio estético, se toma lógicamente como una de sus referencias la zona facial. Y este hecho facilita la valoración del daño estético odontológico y maxilofacial”¹⁰⁷⁶.

El baremo no desconoce el «daño moral», por lo que sí lo considera, pero no como daño separado, sino ínsito en la valoración de las secuelas, salvo que sean de aplicación, dentro del perjuicio personal particular, los artículos 105 y 106 (cuando una sola secuela funcional alcance al menos sesenta puntos; o si al aplicar la fórmula de Balthazar, para secuelas funcionales concurrentes, se alcance al menos ochenta puntos y para la valoración del «daño moral complementario en las secuelas estéticas», cuando se alcance al menos treinta y seis puntos, respectivamente). Únicamente en estos dos casos, se podrá valorar daño moral complementario, con base en este baremo.

Sin embargo, el baremo de tráfico permite valorar separadamente el perjuicio moral que ocasionan las secuelas, pérdida de la calidad de vida ocasionada por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal en el desarrollo de su vida diaria ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas (art. 107). El perjuicio por pérdida de calidad de vida

facial o extensas en otras zonas del cuerpo. e) Moderado: de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve. f) Ligero: corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial.

¹⁰⁷⁶ PEREA PÉREZ, B., “Novedades sobre la valoración del daño oral y maxilofacial en el nuevo baremo de tráfico”, *Rev. Esp. Med Legal*, 2015, 41 (4), p. 162.

puede ser muy grave, grave, moderado o leve. Grados que se especifican en la Ley (art. 108). En este sentido, es importante señalar que la medición de dicho perjuicio por pérdida de calidad de vida se determina según sea la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio. Por ejemplo, a la hora de determinar el perjuicio por pérdida de calidad de vida, es posible asignar un perjuicio moderado o grave a la pérdida de incisivos, o del reborde alveolar maxilar, si la profesión de la víctima es cara al público, o cualquiera que necesite pronunciar correctamente (pensemos, por ejemplo, el caso de un profesor o de un camarero que pierde su reborde alveolar superior y es incapaz de comunicarse con clientes extranjeros al perder la posibilidad de pronunciar correctamente el lenguaje que sea). Las piezas dentarias, también colaboran en la articulación de las palabras¹⁰⁷⁷. Como dijimos, se valoran por separado el «perjuicio moral» y el «perjuicio patrimonial por la repercusión de las secuelas» (art. 113. “Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, después de la estabilización de la lesión”), dentro de las disposiciones relativas a la tabla 2.C).

También resulta adecuado reproducir el artículo 56 («Prótesis») que las define como “los productos sanitarios, implantables o externos, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal o bien modificar, corregir o facilitar su función fisiológica” y se valoran, según el artículo 115 (que se refiere a “Prótesis y órtesis”), mediante el correspondiente informe del facultativo desde la fecha de estabilización de las lesiones (y del surgimiento de las secuelas) y su cuantificación dependerá del tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de tales prótesis u órtesis, en función de su vida útil y el coste de las mismas. Sobre este particular, algún autor sostiene que la valoración de los daños orales y maxilo faciales presenta “mejoras sensibles con respecto al anterior baremo”; entre otras, las relativas

¹⁰⁷⁷ Cfr., MALDONADO, M. B., 2005, *op. cit.*, p. 58. La autora explica cómo “hay letras que se pronuncian apoyando la lengua contra los incisivos superiores, por lo tanto, al estar estos ausentes, se produce un sonido sibilante. En las letras F-V actúa como órgano activo el labio inferior y como pasivo, el borde de los incisivos superiores. En las letras ínter dentarias, por ejemplo, la Z, el órgano activo es la punta de la lengua y el pasivo, el borde de los incisivos superiores. En las letras dentales explosivas, como la T-D, el órgano activo es la lengua y el pasivo, la cara lingual (posterior o interna) de los incisivos superiores. También participan los premolares y molares, en la letra LL”.

a la indemnización por los gastos derivados de la necesidad de renovación de prótesis dentales. Añade que “un concepto introducido en esta nueva versión del «Sistema», y completamente razonable, es el resarcimiento por necesidades de renovación de las prótesis. La tabla 2.C. Perjuicio patrimonial, en su apartado de «daño emergente» incluye los gastos de renovación de «prótesis y ortesis» entre los que lógicamente figuran las prótesis dentales”¹⁰⁷⁸. En cuanto al «lucro cesante» derivado de las secuelas, hay que acudir al artículo 126 que recoge su definición (“consiste en la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo”) y a los artículos 128 y 129 del baremo para su cuantificación, en función de “la pérdida de ingresos de trabajo personal del lesionado que corresponda por su grado de incapacidad laboral de acuerdo”; en relación a los ingresos “del año anterior al accidente o la media de los obtenidos en los tres años anteriores al mismo, si ésta fuera superior”.

Por otra parte, antes de esta importante reforma, no es casualidad que el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos, en Asamblea General de 20 de septiembre de 2005, y teniendo como inspiración el baremo que introdujo el RDL 8/2004, aprobara por unanimidad el «Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la Odontología, derivados de la Responsabilidad profesional» (el popularmente denominado Baremo del Colegio de Dentistas), que constituye un esfuerzo de individualizar un baremo específico para calcular el quantum indemnizatorio al que nos estamos refiriendo.

Determinar el quantum indemnizatorio en la esfera bucodental requiere de una metodología científica en la determinación del daño dental, y muy frecuentemente la cualificación del dentista como perito en este ámbito.

El Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos aprobó este baremo específico, de forma consecuente con las puntualizaciones hechas años atrás: un baremo sistemático, ordenado, con factores de corrección según

¹⁰⁷⁸ PEREA PÉREZ, B., 2015, *op. cit.*, p. 162.

concausas anteriores¹⁰⁷⁹, simultáneas y posteriores, donde apoyarse con base firme a la hora de realizar un determinado informe pericial; proponiendo una concreta secuencia metodológica¹⁰⁸⁰, a la que nos remitimos. En el último apartado, recogía la idea de Le Roy¹⁰⁸¹, acerca de que «todo daño origina un perjuicio, pero no a la inversa», distinguiendo “tres clases de perjuicios que sufre el lesionado, o su entorno”: el Perjuicio patrimonial o económico, el Perjuicio extrapatrimonial y el Perjuicio sufrido por terceros (sean patrimoniales o extrapatrimoniales)¹⁰⁸²”.

Hay que señalar que, para la valoración de las secuelas dentales, recogida en la «Sección 1ª» del Baremo del CGCOE de 2005, según este mismo señala, se han seguido “cinco criterios tomados de Perea y cols. (1996)”¹⁰⁸³: valor del diente como parte del individuo, es decir, como daño corporal; seguido de la valoración de la función perdida, que se estudia a través de los siguientes

¹⁰⁷⁹ Cfr., HERNÁNDEZ CUETO, C., y VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Importancia del estado anterior en la valoración del daño corporal”, *Ciencia Forense*, 7, 2005, pp. 193-199. Sobre las «concausas anteriores», es decir, el estado dental anterior del paciente, los autores estiman su valoración de gran complejidad a efectos de una “concepción integral del daño”. El estado anterior lo definen como “toda predisposición patológica o disminución somática o funcional conocida o no que una persona posee en el momento de sufrir una lesión, que dará origen a un litigio”; es decir, no solo las lesiones que fueran “preexistentes al nuevo menoscabo, sino también cualquier predisposición –genética o adquirida– que modifique la normal evolución de una lesión”. Por lo cual, explican, es difícilísimo para el perito deslindar dicho estado anterior, quien “al establecer el nexo causal, debe conocer tal estado” y, además, éste será imprescindible para conocer el menoscabo real («daño imputable al hecho alegado»), en el ámbito civil, la valoración del estado anterior es crucial, según explican los autores, porque el resultado lesivo “puede no coincidir” con el resarcimiento íntegro de la víctima; quien debe recibir no sólo el resarcimiento del daño padecido, sino el consecuente de la “conjunción con el estado anterior” (p. 200); aunque admiten reducciones, conforme a la «regla de Balthazar», que “parece más razonable y correcta” por cuanto procura una reducción de la valoración de la secuela, según el estado anterior. Cosa que la legislación actual contempla en cuanto a secuelas concurrentes. Ellos lo aplican a la posibilidad de que el estado anterior se derive de “un estado patológico de evolución natural, de una predisposición, etc, en ese caso, dada la ausencia de responsable previa (ya que a la víctima no se le puede considerar responsable de padecer dicha patología de forma voluntaria) es evidente también que será el responsable [...] el que deberá afrontar las consecuencias de la conjunción de éste con dicho estado anterior”.

¹⁰⁸⁰ PEREA PÉREZ, B., *Metodología para la evaluación del daño bucodental*, Tesis Doctoral, 1993 (Pub.), Univ. Complutense de Madrid, 2005, p. 179.

¹⁰⁸¹ Cfr., LE ROY, M., 1983, *op. cit.* 248 pp.

¹⁰⁸² PEREA PÉREZ, B., 2005, p. 204.

¹⁰⁸³ CGCOE, 2005, Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la Odontología, derivados de la Responsabilidad profesional, 2005, *op. cit.*, p. 34.

cuatro criterios: valor masticatorio, valor estético, valor fonatorio, y valor protésico.

Es decir, se tiene en cuenta el menoscabo funcional provocado por la producción de la secuela. Junto a tales criterios funcionales, se incluyen unos «Factores correctores» de las secuelas dentarias, según ciertos parámetros como son: 1. El estado anterior del diente y del periodonto. 2. La magnitud del daño causado y 3. Rehabilitación protésica; teniendo en cuenta también el «factor edad» (pero no considerándolo, puesto que es una variable ya contemplada por la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones¹⁰⁸⁴). La «Sección 2ª» del baremo del Consejo de 2005 se refiere a las secuelas óseas, con sus correspondientes factores correctores (únicamente el estado óseo anterior). El sistema continúa con la «Sección 3ª» (secuelas oclusales y de la ATM), estableciendo una tabla de puntuaciones y los correlativos "factores correctores" (en realidad, únicamente el estado articular, u oclusal anterior). La «Sección 4ª» se refiere a las secuelas en senos maxilares. La «Sección 5ª» comprende las secuelas en partes blandas (tabla de puntuaciones, y sus factores correctores musculares, linguales, glándulas salivares). La «Sección 6ª» (secuelas en troncos y terminaciones nerviosas), que separa por su especial repercusión legal, estableciendo la correspondiente tabla y la remisión a la fórmula cuando existen secuelas concurrentes (Fórmula de Balthazar). La «Sección 7ª» se refiere a las secuelas generales originadas a raíz de una intervención odontológica, añadiendo: “(e)stas posibles secuelas

¹⁰⁸⁴ Cfr., RODRÍGUEZ MENACHO, D., RUÍZ JIMÉNEZ, J., SERRANO GIL, A.D., y CASTAÑO SÉIQUER, A.L., 2019, *op. cit.*, p. 97-98. Aclaran que «este factor no se considera, ya que el valor del punto actualizado por la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones contempla ya esta variable», y está proscrito por el artículo 97.1 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, cuya dicción literal es: «La puntuación otorgada al perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial de cada secuela, según criterio clínico, tiene en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista anatómico-funcional, sin tomar en consideración la edad o el sexo del lesionado, ni la repercusión de la secuela en sus diversas actividades». Sin embargo, esto no es del todo cierto, en lo que atañe a la «dentición primaria, decidua, caduca o de leche» pues no se contempla, por ejemplo, la pérdida de un molar deciduo; que, como exponemos más adelante, debería ser objeto de valoración por parte del baremo y en ocasiones, los jueces no valoran esta secuela por tratarse de piezas que van a perderse con mucha probabilidad, en torno a los 10-12 años de edad, pero que si se pierden a temprana edad, ocasionan múltiples problemas en quien lo padece: un niño con 4 años que pierda el segundo molar temporal, no solo puede perder eficacia masticatoria en grado variable, sino que puede desarrollar una maloclusión derivada de esta pérdida que necesitará un tratamiento de ortodoncia futuro que debería valorarse como daño emergente. El problema es la valoración de esa pérdida como perjuicio personal básico (tabla 2.A.1), porque, hoy por hoy, no cabe su puntuación como secuela, a no ser que se retuerza el baremo...

son tan variables e infrecuentes que hemos renunciado a valorarlas”¹⁰⁸⁵. En cuanto a la «Sección 8ª», se refiere a las secuelas estéticas, y siguiendo el citado RDL, su valor económico “se calcula independientemente y se suma aritméticamente a las cantidades correspondientes a secuelas anatómo-fisiológicas”. Añade, como en las secciones anteriores, una tabla de puntuaciones, y unos factores correctores; así como las “instrucciones para calcular el valor de las secuelas estéticas”. Finalmente, en la «Sección 9ª» se proporcionan unas instrucciones de uso del baremo de secuelas; diferenciando las demás secuelas de las propiamente secuelas dentales y secuelas estéticas.

Al cálculo del «daño emergente», como daño patrimonial derivado del daño corporal, el baremo del Consejo dedica la segunda parte del sistema, denominándola “Fórmula para la tasación de los tratamientos curativos y rehabilitadores de los perjuicios sufridos” («Como consecuencia de actos profesionales inadecuados y de las lesiones producidas se generarán una serie de gastos para su tratamiento y rehabilitación»), e incluye “gastos farmacológicos, médicos y odontológicos precisos para la reparación de un tratamiento defectuoso o una lesión producida por mala praxis, los gastos del tratamiento rehabilitador odontoprotésico de la lesión ya curada y los de reposición periódica de los tratamientos rehabilitadores”. Mientras, que dedica la tercera parte del baremo al «lucro cesante», bajo la denominación de “Fórmula para la valoración de los días de incapacidad y el tiempo invertido en tratamientos curativos y rehabilitadores”, que comprende días de incapacidad, e indemnización por el tiempo de tratamiento.

Finalmente, la cuarta parte se refiere al «Sistema de actuación detallado ante un caso de posible mala praxis», en la que se expone la metodología que debe seguir el perito para determinar el quantum indemnizatorio.

¹⁰⁸⁵ *N.B.* Aquí, aunque se señala que “las secuelas en el resto del organismo que puede causar la mala praxis odontológica son muy infrecuentes pero de naturaleza muy variable”; poniendo por ejemplo el posible contagio de infecciones víricas, la posible agravación de patologías previas por errores en la prescripción, la aparición de secuelas neurológicas tras un shock prolongado o incluso la muerte debido a un error del profesional, remite para su valoración al baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004. Remisión que ahora debemos entender realizada al Anexo IV del baremo de Tráfico, de 2015. Es decir, existe una remisión expresa que frecuentemente se utiliza para llenar las lagunas que en ocasiones presentan las valoraciones realizadas conforme al baremo del Consejo General de Colegios de Dentistas de España.

Ahora, brevemente también, acudiremos al más frecuentemente usado baremo de referencia en la valoración del daño corporal, Anexo IV introducido por la Ley 35/2015, con el propósito de identificar sus aspectos más significativos, en cuanto a la valoración del daño odontológico.

5.4. Aplicación práctica del baremo en la valoración del daño dental

En palabras de Muñoz-Alonso López, no hay duda que “el cuadro de secuelas puede ser insuficiente pero no por ello es preciso otro baremo”, coincidiendo con su opinión de que “es más productivo utilizar el que existe ya y adaptarlo en su caso a cada sector profesional”¹⁰⁸⁶.

La aplicación del baremo de tráfico a los daños dimanantes un contrato de servicios odontológicos no está exenta de complicación para los médicos valoradores del daño corporal, puesto que se exigen unos conocimientos que, de continuo, carecen los médicos, al ser una profesión diferente la del dentista, en la que no solo resulta difícil identificar los mecanismos de producción de las lesiones, para anudar el nexo causal con la actuación del profesional, sino que la propia especificidad de las subsecuentes secuelas lo convierte en una tarea ímproba. Las secuelas relativas al sistema osteoarticular y a la boca (dentro del apartado D, de la tabla 2. A.1. del baremo de tráfico).

Morte Tamayo, transcribe dicha tabla, haciendo diversas precisiones. La primera, sobre la Medición de la restricción en la apertura bucal: utiliza el índice de disfunción de Helkimo, el cual constituye una medición indirecta de la afectación de la articulación témporo-mandibular (ATM)¹⁰⁸⁷.

Concretamente tendremos que acudir a la sección 2ª del baremo y las tablas 2 y 3 de «indemnización por secuelas» y de «indemnización por lesiones temporales», respectivamente, del “baremo de tráfico” contenido en el ya

¹⁰⁸⁶ MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ, M., “Fórmulas correctoras en el sistema de valoración de daño corporal”, *DS*, 2019, Vol. 29, Nº. Extra 1, (XXVIII Congreso: Ética, innovación y transparencia en salud), p. 185.

¹⁰⁸⁷ MORTE TAMAYO, N., *Manual para la aplicación del baremo de la Ley 35/2015*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 70 y ss.

descrito Anexo IV que incorpora la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

La «tabla 3» del baremo describe la forma de contemplar económicamente los perjuicios personales (básico, particular y patrimonial), en las llamadas «lesiones temporales».

Por su parte, la «tabla 2» (relativa a las secuelas), contiene tres apartados (2.A.; 2.B y 2.C): La «tabla 2.A» establece la cuantía del perjuicio personal básico de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema. La determinación de la indemnización por secuelas se realiza de acuerdo con el baremo económico contenido en la tabla 2.A.2. (Baremo económico por puntos y edad del lesionado). La «tabla 2.B», por su parte, establece la cuantía de los perjuicios personales particulares y excepcionales de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema. Mientras que la «tabla 2.C» establece la cuantía de los perjuicios patrimoniales, distinguiendo las categorías del «daño emergente» y del «lucro cesante», de acuerdo con los criterios y reglas de este sistema.

Esquemáticamente, la sistemática del baremo es simple (dentro de la complejidad que entraña), pero merece la pena una mirada a vista de pájaro: Básicamente, cuando un jurista se adentra en la exégesis del sistema de valoración de daños corporales, se encuentra con dos apartados muy definidos: la indemnización por lesiones (temporales) y por secuelas, que, de forma muy esquemática es como sigue:

INDEMNIZACIÓN POR LESIONES TEMPORALES

Perjuicio personal básico (Tabla 3.A).

Perjuicio personal particular (Tabla 3.B).

Perjuicio personal patrimonial (Tabla 3.C)

- a) daño emergente.
- b) lucro cesante.

INDEMNIZACIÓN POR SECUELAS

Perjuicio personal básico (Tabla 2.A) Secuelas psicofísicas.

Perjuicio personal particular (Tabla 2.B).

Perjuicio personal patrimonial (Tabla 2.C)

a) daño emergente.

b) lucro cesante.

5.5. Consideraciones sobre el margen de mejora del baremo

Pese a que algunos autores sostienen que la tabla “2.A.1.” del sistema indemnizatorio introducido por la reforma del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, constiuyó una positiva “nueva modificación y organización del listado de secuelas por aparatos/sistemas y órganos (sentidos)” a diferencia del anterior, que presentaba una organización “por regiones anatómicas, aparatos y órganos-estructuras anatómicas”¹⁰⁸⁸, en nuestra opinión, en el baremo de tráfico actual, echamos de menos algunos aspectos prácticos; concretamente en dicha tabla “2.A.1.”, de Clasificación y valoración de las secuelas, dentro del Capítulo II, (apartado D, “Maxilofacial y Boca”).

Aunque es cierto que introdujo novedades importantes en la valoración anterior de secuelas del aparato estomatognático, en cuanto al sistema osteoarticular y a la boca (códigos 02042 a 02058), en mi opinión, podrían tener cierto margen de mejora, relativo a los siguientes aspectos:

- I. DAÑO EN PIEZA DENTAL SIN QUE SE LLEGUE A PERDER, pero que empeora su pronóstico de vida; por ejemplo, tallados (limados) excesivos que luego obligan a endodonciar, acortamiento de la raíz de la pieza por ortodoncia, o quiste no tratado...

¹⁰⁸⁸ PERA BAJO, F. J., y PEREA PÉREZ, B., 2015, *op. cit.*, pp. 142-143.

Actualmente no se puede valorar la pérdida anatómica parcial de un diente, sin que llegue a perderse este completamente. Por ejemplo, como decimos, el menoscabo funcional por tallados excesivos que luego obligan a realizar una endodoncia, el acortamiento de la raíz de la pieza debido a movimientos dentarios por ortodoncia, o por la producción de quiste periapical no tratado, por ejemplo, que empeoran el pronóstico de calidad de vida, por lo que conforme al sistema debería considerarse como secuela.

Debería incluirse como secuela valorable la INCLINACIÓN EXCESIVA DE DIENTES, sacando literalmente las raíces dentarias de sus bases óseas, como consecuencia de movimientos de ortodoncia.

La puntuación que se le otorga por la PÉRDIDA COMPLETA DE DIENTES, códigos 02054 y 02055, aunque diferencia si se trata de dientes con menor o mayor superficie masticatoria, debe aumentarse en casos de reposición con implante dental, porque el paciente no deja de perder una pieza natural y no existe seguridad del éxito del implante.

Estimamos, por tanto que la puntuación que se le otorga a la PÉRDIDA DE PIEZAS DENTALES PERMANENTES es ridícula: es cierto que en estos casos se colocar un implante unitario, pero el paciente no deja de perder su propio diente y el implante no hay seguridad de que tenga éxito.

Por otra parte, en el caso DE PÉRDIDA DE PIEZAS DECIDUAS (de leche, o temporales), su admisión como secuela valorable no está contemplada en el baremo, lo que ocasiona distorsiones importantes, y también va en contra el principio de restitución integral que propugna la ley.

Finalmente, cuando se hacen POLIEXODONCIAS INJUSTIFICADAS y se deja al paciente edéntulo debería puntuarse mejor que pérdidas de piezas aisladas: la poliexodoncia, además de la pérdida de las piezas dentales, ocasiona irremediablemente una pérdida ósea futura, por la falta de función de los rebordes alveolares y esto, en la actualidad, no se contempla expresamente; por lo que debería valorarse de forma diferente, al alza, la poliexodoncia, en lugar de la valoración independizada de cada pieza dentaria.

Por tanto, el daño poliexodoncia injustificada que provoca edentulismo total del paciente, debería ser considerado como un multiplicador de puntos de secuela por pérdida aislada de dientes, porque además de la pérdida de las piezas dentales, ocasiona irremediablemente reabsorción del hueso alveolar, por la falta de función; por lo que debería valorarse de forma diferente, al alza, dicha poliexodoncia.

- II. La PÉRDIDA DE HUESO ALVEOLAR debería puntuarse por separado en maxilar y en mandíbula: si hay una destrucción total de hueso alveolar, la puntuación de 5 puntos que se da es, simplemente, ridícula. Algunos peritos odontólogos, ya hacen una doble valoración de esta secuela: dando doble puntuación cuando se concreta dicha pérdida en ambas estructuras óseas.

La destrucción total de hueso alveolar (afectación limitada a la porción alveolar de huso maxilar o mandibular) tiene como máximo una puntuación de 5 puntos (código 02049). La horquilla de puntos debería ampliarse desde la actual hacia una específica para esta secuela (5-15 puntos, por ejemplo), considerada en relación con la horquilla actual de los códigos 02047 (comunicación inoperable) y 0248 (pérdida de sustancia ósea sin comunicación con la cavidad oral), que están entre los 20 y 40 puntos.

Por tanto, el deterioro estructural definitivo de maxilar superior y/o inferior (códigos 02045 02046 y 02049) debería puntuarse por separado en maxilar y en mandíbula, incluyendo doble valoración cuando se concreta dicha pérdida en ambas estructuras óseas.

La PÉRDIDA PARCIAL DE TABLA VESTIBULAR –que es muy frecuente, por ejemplo, a nivel de una sola pieza–, no puede valorarse correctamente conforme a la tabla, a salvo de “meter con calzador” el código 02049, que, además, tiene una horquilla ridícula (1 a 5 puntos), respecto de la pérdida producida. También debería valorarse como secuela de pérdida parcial de tabla vestibular a nivel de una sola pieza (1-5 puntos).

- III. La DISFUNCIÓN DE LA ATM solo viene recogida la limitación de apertura, pero no se recoge por ejemplo desviaciones de disco y condilares, dolor que provocan tanto a nivel facial, cabeza, cuello, etc. Estas variaciones deberían contemplarse, porque en la práctica, son muy frecuentes.

Por tanto, los códigos 02050 a 02052 (limitación de la apertura de la ATM) deberían ampliarse cualitativamente a otras secuelas de disfunción de la ATM, como por ejemplo las alteraciones del disco articular o las desviaciones condilares; por la pérdida de la calidad de vida que producen (dolor irradiado a nivel facial, craneal, o cervical).

CONCLUSIONES

Finalmente, al hilo de las consideraciones que hemos expuesto en este trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

I. - El consentimiento informado es una exigencia legal y ética para el dentista y goza de máxima protección como derecho fundamental, conectado al derecho a la integridad física y moral ex artículos 15 CE y 3 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, y también como derecho humano, conectado con el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8.1 del Convenio de Roma de 1950.

II. – El consentimiento informado forma parte de la actividad diligente del deudor de la prestación dental, siendo exigible la forma escrita en los casos legalmente previstos y, contrariamente a lo que sostiene reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no solo la mera información previa.

III. - El carácter básico de la ley de autonomía del paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre), hace necesaria la revisión de las disposiciones autonómicas publicadas con posterioridad a su última modificación, concretamente las que no se adecúen a ella, debido precisamente al carácter básico de dicha disposición. La normativa autonómica promulgada posteriormente a dicha ley debe ser revisada, con vocación de lege ferenda, en casos como el Decreto 521/2019, de 23 de julio, que regula la prestación dental infantil en Andalucía en cuanto al consentimiento otorgado por representación, o el artículo 43.3 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

IV. - La relación sinalagmática entre el acreedor de la prestación y el deudor de la actividad, que surge a través del consentimiento informado, constituye una fuente obligacional en todos los ámbitos, que, en el ejercicio privado de la profesión de dentista, constituye un contrato de tratamiento odontológico que obliga a ambas partes del sinalagma funcional; pero en el que intervienen también otros profesionales, que pueden ser o no dependientes del principal, y cuya naturaleza es atípica, pero con tipicidad social; pues su estructura piramidal supera la relatividad del artículo 1257 CC en cuanto a las

obligaciones que resultan exigibles a partes no contratantes, en el seno de ciertos contratos conexos de suministro de asistencia dental.

V. - El consentimiento informado tiene carácter conformador de la prestación de hacer, diligente e inequívocamente comprometida, ya que distribuye riesgos ab initio, trasladándolos al deudor, cuando este omite información legalmente exigible.

VI. - La obligación del dentista siempre es de medios: consiste en poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose de acuerdo a la *lex artis*, a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible, de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y paciente, una vez informado y después de obtener el consentimiento informado, en los casos previstos legalmente.

VII. - Si el acreedor desconoce riesgos antes de celebrar el contrato, el deudor debe asumir la responsabilidad por ellos. Es deseable una doctrina jurisprudencial que interprete de forma unánime la responsabilidad por el daño a consecuencia de la falta o deficiencia del consentimiento informado.

VIII. - Por la especial complejidad de la asistencia dental hoy día —en la que intervienen diferentes colaboradores, dependientes e independientes—, la exigencia de responsabilidad se hará generalmente frente al dentista, por parte del consumidor que sufre un daño a consecuencia del contrato de tratamiento odontológico, en la relación clásica paciente-dentista, pudiendo este oponer diferentes excepciones basadas en la independencia de sus diferentes colaboradores (los cuales configuran la especial relación piramidal que conlleva el contrato de servicios dentales); pero, de conformidad a la regulación legal y supranacional, el dentista responderá cuando se produzca el supuesto de hecho de la norma a la que se anuda la consecuencia jurídica de indemnizar. Además, en cualquier caso, el perjudicado podrá ejercer la acción directa frente a la aseguradora de responsabilidad civil, con un *ius variandi*, bien frente al productor directo del daño, o bien contra la del deudor principal de la obligación de hacer comprometida.

IX. – La actual interpretación jurisprudencial de las normas protectoras de consumo, en la responsabilidad civil sanitaria en general y particularmente la derivada del contrato de tratamiento odontológico, resulta restrictiva y probablemente contra legem, al limitar la aplicación de los artículos 147 y 148 del TRLGDCU en esta sede, únicamente a aspectos organizativos o de funcionamiento del servicio. Se exige por ello una relectura de las normas de consumidores y usuarios que las dote de toda la virtualidad que el legislador señaló claramente para el ámbito de los «servicios sanitarios»; para el cual se proyectó un «régimen especial de responsabilidad» por el que se debería responder de los daños originados en el correcto uso de los servicios sanitarios, cuando «por su propia naturaleza» estos servicios «incluyan necesariamente» un determinado grado de eficacia o seguridad y controles «profesionales» de la calidad hasta llegar «en debidas condiciones» al usuario.

X. - En casos de incumplimiento contractual, el interés positivo del acreedor debe ser restituido a tenor de lo establecido en el artículo 1106 CC, que debería alcanzar en el caso del contrato de tratamiento odontológico, la indemnización del daño extrapatrimonial emergente, tanto el daño corporal como resultado del contrato, como el daño moral.

XI. – Tal como se explica con detalle en el apartado 5.5, la «Tabla 2.A.1» del baremo de tráfico introducido por la ley 35/2015 representa un buen punto de partida que, reflejando en buena parte muchos de los presupuestos defendidos en este trabajo, requiere a la vez una reelaboración que extraiga todas las consecuencias que del encuadre sistemático del contrato de tratamiento odontológico puedan derivarse. En concreto, y sin ánimo alguno de exhaustividad, se requeriría retocar cuantitativa y cualitativamente en particular los apartados relativos a indemnización por secuelas osteoarticulares y bucodentales (códigos 02042 a 02058 descritos en la página 405 del baremo).



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN DE ALCARAZ F. J., “Aspectos médico-legales del 'Consentimiento informado notarial'. Una propuesta de protocolo”. *El Notario del SXXI*. 2013, 51 (Sep. Oct.), *online*, <https://n9.cl/8qvvb>.
- ALBALADEJO M., *Compendio de Derecho Civil*. 14ª Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2011, 692 pp.
- ALBADALEJO, M., *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer S.L., Madrid, 2011, 1007 pp.
- ALFARO VICTORIA, F., “Conceptos jurídicos básicos”, *Rev Mex Anestesiol.*, 2012, pp. 67-76.
- AGÓN LÓPEZ, J.G., *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017, 372 pp.
- ALONSO OLEA, M., *La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, 97 pp.
- ALONSO PÉREZ, M. T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, 519 pp.
- ALONSO PÉREZ, M. T., “El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del derecho español”, *RDC*, VI, núm. 2, 2019, pp. 169-205.
- ÁLVAREZ OLALLA. P., “Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica”, *Rev Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2015, pp. 143-151.
- ALVENTOSA, J., “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* núm.10 bis, 2019, pp. 514-547.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”. *Rev boliv. de derecho*, 2015, 20, p. 271.
- ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 125 pp.

- ANDREU TENA, E., AZPARREN LUCAS, A., DONAT LAPORTA, E., “Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. 2013”. *Rev Esp Med Legal*. 2013, 39(4), pp. 162-167.
- AÑÓN CALVETE, J., “Criterio de imputación en la responsabilidad médica”. *Noticias Jurídicas*. 27 de mayo de 2015, online <https://n9.cl/jsfr4>.
- ARCOS VIEIRA, M. L., *La inversión de la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual: el fin de un "principio"*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 268 pp.
- ARCOS VIEIRA, M. L., “Medical Care in Minors and Incompetent Patients: The Patient's Will and Third Party Intervention in Spanish Law”, *Medicine and Law*, 2009, 28, núm. 2, pp. 369-386.
- ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, 234 pp.
- ARCOS VIEIRA, M. L., *Sobre el carácter «contractual» o «extracontractual» de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales*, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 8, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 371-406.
- ARROYO AMAYUELAS, E., *El derecho del acreedor a resolver el contrato: entre la esencialidad del incumplimiento y el plazo adicional razonable*, en Ataz López, J., y García Pérez, C. L., (Coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Capítulo 6, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2019, pp. 191-222.
- ASENSI PALLARÉS, E., CID-LUNA CLARES, I., “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”. *Rev CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, (8), pp. 228-239, online <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/416>.
- ASENSI PALLARÉS, E., Y CID-LUNA CLARÉS, I., “El seguro de responsabilidad profesional en el ámbito sanitario”, en Alberto Palomar Olmeda y J. Cantero Marínez (Dirs.), *Tratado de Derecho sanitario*, Vol. II, Cap. 50; Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2013, pp. 317-348.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Rev CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, (8), pp. 147-161, online <https://n9.cl/sjibk>.

- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2008, 235 pp.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 10, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 441-468.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I., “Responsabilidad Civil Médica”, en Campos Reglero, L.F., (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol II, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2006; pp. 697-815.
- ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, 406 pp.
- ATAZ LÓPEZ, J., y García Pérez, C. L., (Coords.), *Estudios sobre la modernización del derecho de OBLIGACIONES y contratos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2019, 428 pp.
- ATIENZA NAVARRO, M. L., “La responsabilidad civil (I)”, en De Verda y Beamonde, J. R. (Coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, Capítulo 29, 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 595- 624.
- ATIENZA NAVARRO, M. L., “La responsabilidad civil (II)”, en De Verda y Beamonde, J. R., (Coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, Capítulo 30, 5ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021b, pp. 625-650.
- AVILÉS GARCÍA, J., “Problemas hermenéuticos de los daños continuados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en Ataz López, J. y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 12, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 509-567.
- BADENAS CARPIO, J. M., “Responsabilidad civil de los odontólogos, estomatólogos y protésicos dentales”. *Rev Aranzadi Civil Mercantil*; 1996; (I), online www.aranzadidigital.es.
- BANDRÉS, F., (Ed.), *Lecciones de Medicina Legal*, Ed. Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria. F. Medicina U.C.M., Madrid, 2001. 229 pp.

- BANDRÉS MOYA, F., DELGADO BUENO, S., y SÁNCHEZ-CARO, J., (Eds.), *Cuadernos del Máster en Derecho Sanitario*. Tomo III, D. Toxicología y Legislación Sanitaria. F. Medicina U.C.M. 2001, Madrid, 2004, 622 pp.
- BARBA, V., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención Sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Rev cubana de derecho*, 2021, Vol. 1 (núm. 1), pp. 274-307.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., “Consentimiento informado y responsabilidad médica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 2018, pp. 279-296.
- BARES JALÓN, V., ARNÁIZ SECO, M. D., y GARCÍA ESPINOSA, C., “El perjuicio estético en el nuevo baremo”. *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41(4), pp. 208-211.
- BARRIENTOS ZAMORANO, M. “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”. *Rev chil derecho* (on-line). 2008, Vol. 35, n.1, pp. 85-106. Online, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100004>.
- BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.
- BARONA VILAR, S., *Mediación Penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 382 pp.
- BASADRE, P., NAVAS, S., LAFUENTE, N., *et al.*, “Consentimiento informado. Comunicación eficaz y decisión autónoma”. *Rev Rol Enf*, 2008, 31(6), pp. 419-424.
- BASOZABALARRUE, X., “Los deberes precontractuales de información después del DCFR, la Directiva 2011/83 y la Propuesta CESL”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 181-207.
- BEAUCHAMP, T. L., y CHILDRESS, J. F., *Principios de Ética Biomédica*, Masson, Barcelona, 1999, 522 pp.
- BELDA MERCADO, J., “Tipicidad causal, contratos innominados y sistema contractual romano”, (2009), en AAVV. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo. Tomo XI, Tradición y recepción*

- romanísticas*, BOE/AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid, 2021, pp. 2125-2146.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario”, en Palomar Ojeda, A., y Cantero Martínez, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Capítulo 25, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2013, pp. 853-885.
- BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *Rev Derecho Civil*, 2015, II (2), pp. 69-126.
- BELLO JANEIRO, D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, Reus, Madrid, 2009, 312 pp.
- BELLO JANEIRO, D. (Coord.), *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Reus, Madrid, 2013, 240 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor”, en Azparren Lucas, A. (Dir.), *Hacia un código del consumidor*, Manuales de Formación continuada, 2005, núm. 34, pp. 17-38.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Comentario del TRLGDCU y otras leyes complementarias, RDL 1/2007*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2015, 2560 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Obligaciones y contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2009, 1994 pp.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Responsabilidad extracontractual*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2010, 1120 pp.
- BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil*, 7ª Ed. Bercal S.L., Madrid, 2017, 238 pp.
- BERNARD MAINAR, R., “Precisiones en torno a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual”, *RCDI*, núm. 716, 2009, pp. 3071-3100.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado”. *Rev Escuela Med Legal*, 2011, pp. 23-42.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “El Consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre”. *An Der Hum*, 2004, 5, pp. 111-123.

- BLANCO PÉREZ RUBIO, L., “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?” *Cuad. Derecho Transnacional*, 2014, 6(2), pp. 50-74.
- BLAS ORBÁN, C., *Responsabilidad Profesional del Médico. Enfoque para el siglo XXI*. Bosch, Barcelona 2003, 384 pp.
- BLASCO IGUAL, M. C., “El consentimiento del menor en materia sanitaria”. *Rev Bio y Derecho*, 2015, 35, pp. 32-42.
- BLASCO IGUAL, M. C., *El consentimiento del menor en materia sanitaria*. Agencia estatal BOE, Madrid 2018, 655 pp.
- BOROBIA FERNÁNDEZ, C., *Valoración del daño corporal. Legislación, metodología y prueba pericial médica*, Masson-Elsevier, Barcelona, 2006, 520 pp.
- BORREGO-APARICI, R., BARQUERO-SÁNCHEZ-IBARGÜEN, M. T., DOMÍNGUEZ-PALACIOS, E., y AUMESQUET-CORNELLO, A., “Concepto de daño corporal y antecedentes históricos. Daño a las personas en derecho penal, civil y laboral y en el ámbito de las compañías de seguros. Valoración médica del daño, tablas y baremos de valoración”. *Rehabilitación (Madr)*, 2008, 42(6), pp. 315-24.
- BRAVO PÉREZ, M, LLODRA CALVO, J. C., CORTÉS MARTINICORENA, F. J., y CASALS PEIDRÓ, E., “Encuesta de salud oral de preescolares en España 2007”. *RCOE*, 2007, 12, pp. 143-168.
- BRUGUERA, M., ARIMANY, J., BRUGUERA, R., *et al.*, “Guía para prevenir las reclamaciones por presunta mala praxis médica, de cómo actuar cuando se producen y cómo defenderse judicialmente”. *Rev Clin Esp*, 2012, 212, pp. 198-205.
- CABEZA MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado ante el cambio de comportamiento de los pacientes”. *Gaceta Dental*, 2002, 132 (Nov.), pp. 44-50.
- CABEZUELO ARENAS, A., “Consentimiento informado: el consentimiento para la realización de intervenciones quirúrgicas ha de otorgarse por escrito. Inadmisibilidad de excepciones no previstas por la Ley”, *Rev Aranzadi Doctrinal*, 11, 2013, pp. 77-82.
- CADENAS OSUNA, D., “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*”, *ADC*, tomo LXXI, fasc. III, 2018, pp. 789-853.

- CADENAS OSUNA, D., OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Pról.), *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2018, 665 pp.
- CADENAS OSUNA, D., “El contrato de servicios médicos: la información sobre riesgos del tratamiento sanitario en el *Draft Common Frame Of Reference*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, 2018, pp. 421-434.
- CADENAS OSUNA, D., “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, *InDret*, 4/2016, 42 pp., online, www.indret.com.
- CALIXTO GALÁN J., “Reflexiones jurisprudenciales sobre el Baremo aplicado en las indemnizaciones por daño sanitario”. *XXII Congreso AEDS*, 2015, p. 28 pp., online, <http://www.aeds.org/congreso/XXIIcongreso/J.%20Calixto%20Gal%20an.pdf>).
- CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, *Anuario de Filosofía Del Derecho*, núm. XVIII, enero 2001, pp. 13-33.
- CAMAS JIMENA, M. (Coord.), *Responsabilidad Médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 318 pp.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (DIR.), y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, 572 pp.
- CANCIO MELIÁ, M., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en Bolaños González, M. (Comp.), *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Ed. Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 86-122, 250 pp.
- CANCIO MELIÁ, M., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Estudio Preliminar al libro de G. Jacobs, La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1996.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., “El Consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades”, *DS*, 2009, 18(2), pp. 1-20.

- CARRASCO PERERA, Á., “Comentario al art. 1101”, en Albaladejo, M. (Dir.), *Comentarios al Código civil y a las compilaciones forales*, Tomo XV, Vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, pp. 374 a 752.
- CARRASCO PERERA, Á., “XVII tesis sobre imputación y prueba de la culpa”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 26, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021a, pp. 1165-1187.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 3ª Ed., Cizur Menor, Pamplona, 2021b, 1416 pp.
- CARRASCO PERERA, Á., “Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la directiva de derechos de los consumidores”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 311-334.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, Tomo Cuarto. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988a, 1036 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral, Tomo Tercero. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 14ª Ed. Reus S.A., Madrid, 1988b, 744 pp.
- CASTAÑO SÉIQUER, A., RIBAS PÉREZ, D., y SAN MARTÍN GALINDO, L., *Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad*, en *Estudio y análisis de la equidad en salud. Una visión en salud oral*. Ed. Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM), Madrid, 2013; 148 pp.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “El perjuicio extrapatrimonial: La problemática de su prueba y cuantificación (Cuestiones escogidas sobre el pretium doloris)”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 31, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1361-1392.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., “Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca*

Guillamón, Tomo I, Capítulo 32, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1393-1438.

CGCD, *Código español de Ética y Deontología dental*. Texto aprobado por Acuerdo de la Asamblea General, celebrada los días 9 y 10 de julio de 1999 (Acuerdo AA17/1999). Texto consolidado vigente a partir de junio de 2012, online, <https://www.consejodentistas.es/>.

CGCD, *Consin 2.0. InfoMed*, Madrid, 2012, online, <http://www.consejodentistas.es/dentistas/software-del-consejo-general/descarga-de-consin/item/1039-generator-consentimientos-informados.htm>

CGCDE. *Informe de quejas y reclamaciones registradas en los Colegios Oficiales de dentistas 2016*, online <https://www.consejodentistas.es/>.

CGCDE, Nota de prensa, *Las clínicas marxistas y franquicias acumulan casi la mitad de las reclamaciones de los pacientes*, 16 de febrero de 2017, online <https://www.consejodentistas.es/>.

CONSEJO DENTISTAS, ORGANIZACIÓN COLEGIAL DE DENTISTAS DE ESPAÑA, *Información clínica para pacientes: tratamientos*, Online, https://www.codes.es/wp-content/uploads/2018/07/info_clinica_pacientes.pdf

COLLAZO CHAO, E., “Consentimiento informado en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos prácticos”, *Rev Cir Esp*, 2002, 71(6), pp. 319-24.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (sección Civil): “Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXIII, enero de 2009, suplemento.

COBACHO GÓMEZ, J. A., “Notas sobre la evolución del Derecho español en responsabilidad patrimonial sanitaria”, en Ataz López J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo I, Capítulo 35, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1513-1548.

CORTÉS MARTINICORENA, F. J., CERVIÑO FERRADANES, S., y CASALS PEIDRÓ, E., “Servicios públicos de salud bucodental en España. Legislación y cartera de servicios en las CC.AA.”, *SESPO*, Barcelona, 2005., online, http://www.infoMed.es/sespo/libro_legislacion.pdf.

- CORTÉS MARTINICORENA, F. J., CERVIÑO FERRADANES, S., BLANCO GONZÁLEZ, J. M., *et al.*, “Informe sobre los Servicios de Salud Bucodental en España. Situación de las Comunidades Autónomas, 2013”. *RCOE* 2014, 19 (Supl. 1), pp. 12-42.
- CORTÉS MARTINICORENA, F. J., “El sistema PADI. Estudio de las comunidades autónomas que proveen atención dental con este modelo en España”. *RCOE*, 2016, 21(4), pp. 191-199.
- COUNCIL OF EUROPEAN DENTISTS, *EU Manual of Dental Practice*. Edition 5.1. 2015. 420 pp., online <https://n9.c1/6938o>.
- COWLING T.E., LAVERTY, A.A., HARRIS, M. J., WATT, H.C., Y MAJEED, A., “Contract and ownership type of general practices and patient experience in England: multilevel analysis of a national cross-sectional survey”, *J. Royal Society of Medicine*, 2017, Vol. 110(11), pp. 440–451.
- CRESPO MORA, M. C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, 2/2013, 56 pp., online, www.indret.com.
- CRESPO MORA, M. C., “Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor. Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020,486)”, *InDret*, 4/2020, pp. 469-483., online, www.indret.com.
- D’ORS PÉREZ-PEIX, A., *Derecho privado romano*, Ed. Univ. Navarra. EUNSA, Pamplona, 2004, 685 pp.
- DAMIÁN NAVARRO, L., FLORES MORI, M., y FLORES MENA, B., “El Consentimiento informado en Odontología, un Análisis Teórico”. *Rev Estomatol Herediana*, 2014, 24(1), pp. 42-7.
- DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”. *InDret*, 3/2008, 28 pp., online www.indret.com.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (Dir.), *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, 2012, 163 pp.
- DE AGUILAR MERLO, R., “El concepto médico legal de la lesión”, *Rev Tareas*, núm. 9, 1963, pp. 21-31.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, S.A., Madrid, 1985, 551 pp.

- DE COSSÍO, A., “La causalidad en la responsabilidad civil: estudio de Derecho Español”, *ADC*, T II, 1966.
- DE CUPIS, A., *El Daño*. 2.º Edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, 854 pp.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., “El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 213-229.
- DE FUENTES BARDAJÍ, J., CANCER MINCHOT, P., FRÍAS RIVERA, R., y ZABALA GUADALUPE, J. J. (Dir.), *Abogacía General del Estado: Manual sobre Responsabilidad Sanitaria*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, 784 pp.
- DE LORENZO, R., Y BASCONES, A., *El Consentimiento informado en Odontología*. Ed. Médicos S.A., Madrid, 1996. 207 pp.
- DE LORENZO. Y MONTERO, R., “Aspectos Jurídicos”, en Bascones Martínez, A. (Coord.), *Tratado de Odontología*, Tomo IV, Trigo Editores, Madrid, 1998, pp. 4595-4636.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., (Pról.), *Menores de edad y consentimiento informado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 324 pp.
- DE URBANO CASTRILLO, E., “La responsabilidad penal médica: Estado actual de la cuestión”, *Rev Jur Can*, 2012, 25, pp. 63-110.
- DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (Coord.), *Derecho Civil II (Obligaciones y contratos)*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 595. 650 pp.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “El reto de la Mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, 2006, núm. 6520, 6 julio, 2006, pp. 1-9.
- DELGADO MARROQUIN, M. T., SIMÓN LORDA, P., y SANZ POZO, B., “La ley de autonomía del paciente”, *Aten Primaria*, 2003, 32(5), pp. 265-7.
- DERNBURG, H., VON SOKOLOWSKI, P. (Ed.), *System des römischen Rechts*, W. Müller, Berlín, 1911, 1110 pp.
- DEVADIGA, A., “What’s the deal with dental records for practicing dentists? Importance in general and forensic dentistry”, *J. Forensic Dental Sciences*, 2014, 6(1), pp. 9-14.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A., “De la «actio legis Aquiliae» a la responsabilidad civil extracontractual. Una hipótesis temprana”, en

Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 46, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 57-77.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La nueva regulación de los contratos vinculados en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de crédito al consumo”, *Rev de Derecho privado*, 2014, 1, pp. 25-64.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “1708. Sentencia de 8 de mayo de 2003: Responsabilidad civil médica: aplicación de la doctrina del «daño desproporcionado». Nexo causal. Aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria”, *Cuad. Civitas de Jurisprudencia Civil*, 63, 2003, pp. 1191-1209.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Ed. Comares, Granada, 2005, 309 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999 (Reimp.), 2000. 367 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2008, 102 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. I, Introducción; Teoría del contrato*, 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, 657 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, 1092 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol IV, Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, (Reimpr. 2011), 725 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. V, La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, 514 pp.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. II.*, Tecnos, Madrid, 2003, 630 pp.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Culpa y Riesgo en la Responsabilidad Civil Extracontractual”, *AFDUAM*, 4, 2000, pp. 153-166.

- DOMÉNECH PASCUAL, G., “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”, *InDret*, 2/2008, 20 pp, online, www.indret.com.
- DOMINGO MONFORTE, J., y ESCRICHE MONZÓN, M. C., “Medicina satisfactiva. Responsabilidad Civil Médica: Ortodoncia-Implantología Oral”, *Rev Resp Civil, Circul y Seguro*, 2005(5), pp. 4-19.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. 2ª Ed., Lex Nova, Madrid 2007, 863pp.
- ECHEBURÚA, E., “El valor psicológico del perdón en las víctimas y en los ofensores”, EGUZKILORE, *Cuad. Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 2013, 27, pp. 65-79.
- ECHEVARRÍA GARCÍA, J. J., y CUENCA SALA, E. (Dir.), *El manual de Odontología*, Masson, S.A., Barcelona, 1995, 1615 pp.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: Algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 51, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 255-281.
- ELIZALDE IBARBIA, F., “Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos”, *ADC*, 2017; LXX (III), pp. 1139-1195.
- ELIZARI URTASUM, L., *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 191 pp.
- ELIZARI URTANSUN, L., “Reflexiones en torno a la distinción entre medicina satisfactiva y medicina curativa y sus consecuencias”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 52, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 283-326.
- ESQUERDA ARESTÉ, M., PIFARRÉ PARADERO, J., y MIQUEL FERNÁNDEZ, E., “La capacidad de decisión en el menor. Aspectos particulares de la información en el niño y en el joven”, *Anales de Pediatría Continuada*, 2013, 11 (4), pp. 204-211.

European Principles on Tort Law (EPTL, o PETL), online (<http://www.egtl.org/docs/PETLSpanish.pdf>).

EVANGELIO LLORCA, R., “A vueltas con la responsabilidad por daños derivados de servicios sanitarios al amparo del artículo 148 TRLGDCU”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 57, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 475-532.

FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación. Comentario a la STS, 2ª, 26.9.2005”, *Indret* 1/2006., online, www.indret.com.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de Responsabilidad médica*, 5ª Ed., Comares, Granada, 2007. 863 pp.

GALÁN CORTÉS, J. C., “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Rev Médica Uruguay*, Vol. 15, núm. 1, 1999, pp. 5-12.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad médica y Consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, 719 pp.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Aranzadi, Pamplona, 2005, 400 pp.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, 2ª. Ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007, 544 pp.

GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, 7ª. Ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2020, 1221 pp.

GALLARDO CASTILLO, M. J., *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Bosch, Barcelona, 2009, 190 pp.

GARCÍA, J., TAMARA, L. M., CASTELLANOS, C., SÁNCHEZ, O., DUEÑAS, L., y FONTANILLA, G., “Estudio comparativo de la baremación de secuelas en diferentes países”, *Cuad. Med. Forense*, 2015, 21 (3-4), pp. 105-116.

GARCÍA BLÁZQUEZ, M., y CASTILLO CALVÍN, J. M., *Manual Práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos Jurídicos y Médico-forenses)*. 3ª Ed., Comares, Granada 2011, 406 pp.

GARCÍA CANTERO, G., “Integración del derecho del consumo en el derecho de obligaciones”, *RJN*, 1992, pp. 37-51.

- GARCÍA FERNÁNDEZ, M. A., “La Mediación penal y el nuevo modelo de justicia Restaurativa”, *Rev Int de Doctrina y Jurisprudencia*, 7, septiembre, 2014, online <http://dx.doi.org/10.25115/ridj.v3i7.1802>.
- GARCÍA GARNICA, M. C., *Aspectos Básicos de la Responsabilidad Civil Médica*, Aranzadi, Pamplona 2010, 136 pp.
- GARCÍA GARNICA, M. C., “La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial”, en Ortí Vallejo, A., y García Garnica, M. (Dir.), y Rojo Álvarez-Manzaneda, R. (Coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Capítulo 6, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona; 2015, pp. 325-430.
- GARCÍA GARNICA, M. C., “Las vías para reclamar ante una negligencia médica. Especial consideración a la doctrina de la STS, sala 1ª, de 5 de junio de 2019, sobre la acción directa en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración”, *RDC*, 2020, Vol. VII (1), pp. 31-68.
- GARCÍA ORTEGA, C., CÓZAR MURILLO, V., y ALMENARA BARRIOS, J., “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, *Rev Esp Salud Pública*, 2004, 78(4), pp. 469-479.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”. *ADC*, 2013, LXVI (IV), pp. 1503-1604.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, 237 pp.
- GARCÍA RUBIO, M. P., Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad, en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *RDC*, V, núm. 3, 2018, Estudios, pp. 173-197.
- GÁZQUEZ SERRANO, L. “El daño en el Ordenamiento jurídico español ¿nuevos daños?” *Rev Ibero-Latinoam Seguros*, 26 (46), 2017, pp. 215-235.
- GÁZQUEZ SERRANO, L., “Introducción al sistema para los daños y perjuicios personales en accidentes de circulación: Ámbito de aplicación, principios de aplicación del sistema de valoración de daños, daños objeto de valoración y aplicación del sistema”, en Badillo Arias, J. A., López y García de la Serrana, J. (Dir.), *Responsabilidad civil y*

valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 87-116.

GÁZQUEZ SERRANO, L., *La indemnización por causa de muerte*, Dykinson, Madrid, 2000, 244 pp.

GÁZQUEZ SERRANO, L., *Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario*, Reus, Madrid, 2012, 208 pp.

GÁZQUEZ SERRANO, L., “Régimen jurídico de la responsabilidad civil sanitaria. Coord. Domingo Bello Janerio, Reus, Madrid, 2012 (reseña)”, *Rev Int Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, núm. 2, online, <https://ojs.ua1.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1779/2330>.

GÁZQUEZ SERRANO, L., “Valoración del daño por fallecimiento: problemas de legitimación activa y perjudicados por el fallecimiento”, *Rev Asoc Esp Abogados Espc Resp Civil y Seguro*, 2014, núm. 52, pp. 25-50.

GIANNÍ, M., ADOBES MARTÍN, M., GARCOVICH, D., PARDO MONEDERO, M. J., y ANDRÉS CASTELLÓ, C., “Conocimiento sobre consentimiento informado en Odontología. Una encuesta aplicada a los odontólogos de la U. Europea de Valencia”, *Rev Bio y Derecho*, 2021, 52, pp. 185-219.

GIL MEMBRADO, C., “Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿un artificio para sortear la causalidad?”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 69, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1057-1134.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, *An. derecho penal y ciencias penales*, 1994, pp. 5-60.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “¿Qué es la imputación objetiva?”, en Fernández Albor, A. (Ed.), *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. X, Cursos e Congresos nº 47, *Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela*. Santiago de Compostela, 1987.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, (reimpresión de la primera Edición, 1966), 2.^a ed. (reimpresión), Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

GISBERT-CALABUIG, J. A., *Medicina Legal y Toxicología*, Masson, Barcelona, 2004, 1416 pp.

- GISBERT GRIFO, M. S., y FIORI, A., *Responsabilidad médica*, en Villanueva, E. (Ed.), Gisbert Calabuig, J. A., *Medicina legal y toxicología*, 6ª Ed., Masson, Barcelona, 2004, 1416 pp.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes y Asuntos Constitucionales. *Respuesta núm. 41849, de 21 de septiembre de 2020 a la Pregunta escrita Congreso núm. 184/16826, 25/06/2020, online, http://www.congreso.es/entradap/114p/e5/e_0057050_n_000.pdf.*
- GÓMEZ ABEJA, L., “Consentimiento informado y derechos fundamentales”. *Rev Euro DF.*, 2011, 18(2), pp. 275-306.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “La (adecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Rev CESCO de Derecho de Consumo*, 17 de septiembre de 2015, online, www.uclm.es/centro/cesco.
- GONZÁLEZ CARRASCO M. C., “Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario a la STS 8 abril de 2016 (RJ 2016, 1328)”, *Cuad., Civitas J. Civil.*, 2016, (102), pp. 475-88.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, 289 pp.
- GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret* 3/2007, 49 pp., online, www.indret.com.
- GONZÁLEZ-GONZÁLEZ, J. M., “Síndrome de Groves o del paciente odioso”, *Rev Gaceta Dental*, 2017, 294, pp. 149-161.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M. E., y CASTELLANO ARROYO, M., “El consentimiento en las actuaciones médicas en las Comunidades Autónomas españolas: regulación actual”, *Rev Esp Med Legal*, 2012, 38(3), pp. 100-106.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”. *An Jur Ec Esc.*, XVI, 2013, 203-214.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, J., *Centenario de la creación del título de Odontólogo en España (1901-2001): Cirujanos-dentistas y Odontólogos*, Madrid, 2001?, 251 pp.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A., TERRÓN SANTOS, D., y MARTÍN IGLESIAS, F. (Coord.), *La profesión de dentista: aspectos jurídico-administrativos*, Comares, Granada, 2017, 184 pp.

- GONZÁLEZ ORVIZ, M. E., *La responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Bosch, Barcelona 2007, 96 pp.
- GONZÁLEZ PERNÍA, J., e HIDALGO CARBALLAL, A., “Responsabilidad penal sanitaria”, en Palomar Olmeda, A., y Cantero Martínez, J. (Dir.), *Tratado de derecho sanitario*, Vol. II, Capítulo 44, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 99-143.
- GREEN, S., *Causation in negligence, Hart Studies in Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2015, 185 pp.
- GUERRA VAQUERO, A. Y., “La protección de la salud y del derecho a la integridad física en tiempos de crisis”, *Rev Derecho UNED*, 2015, 16, pp. 1265-1292., online, <https://doi.org/10.5944/rdunEd.16.2015.15277>.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., “Los contratos atípicos. Las nuevas formas contractuales”, en LLamas Pombo, E. (Dir.), *Manual de Derecho civil*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2021, 309-324.
- HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro en la Mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley*, 2009, N° 7257, Sección Doctrina, 7 oct. 2009.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, Zaragoza, 2005, 225 pp.
- HERNÁNDEZ CUETO, C., “El uso de baremos en la valoración de daños personales: la reforma del baremo de tráfico”. *Cuad. Med. forense* 2014, Vol.20, n.4, pp. 147-150., online, <https://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062014000300001>.
- HERNÁNDEZ CUETO, C., y VILLANUEVA CAÑADAS, E., “Importancia del estado aterior en la valoración del daño corporal”, *Ciencia Forense*, 7, 2005, pp. 193-204.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Responsabilidad por malpraxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a colegios oficiales de Médicos y de Abogados*. Tesis Doctoral. Univ. de Córdoba 2002. 458 pp.
- HERNÁNDEZ GIL, A., y HERNÁNDEZ MORENO, J., *Responsabilidad legal del médico. Prevención diagnóstico y tratamiento*, Master Line, Madrid, 2005, 230 pp.

- HERNÁNDEZ MORENO, J., HERNÁNDEZ GIL, M. L., y HERNÁNDEZ GIL, A., “Responsabilidad por mala praxis médica: la vía extrajudicial”, *Cuad. de Medicina Forense*, 28, 2002, pp. 7-24.
- HERRERO, A., REYES, A., GÓMEZ, S., y DONAT, E., “Valores del Consentimiento informado por médicos y pacientes”. *Rev Calidad Asistencial*, 2001, 16, pp. 706-713.
- HORRA VERGARA, N., “La incidencia de la Ley 26/2015 en la Ley 41/2002 sobre capacidad de los menores de edad en el ámbito sanitario”, *Adolescere*, 2016, IV (1), pp. 35-43.
- HURTADO DÍAZ-GUERRA, M. I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 476 pp.
- ILUSTRE CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS DE ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA, *Sistema de valoración de daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional de la Odontoestomatología, derivados de la responsabilidad profesional*, aprobado por unanimidad, por la Asamblea General en la reunión de 30 de septiembre/1 de octubre de 2005 (Acuerdo AA27/2005), 35 pp.
- INFANTE RUIZ, F. J., *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y causas hipotéticas*, Valencia, 2002, 231 pp.
- INIESTA DELGADO, J. J., “Calificación y valoración del daño en el Derecho de la Responsabilidad”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo II, Capítulo 79, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1461-1544.
- INSTITUT BORJA DE BIOÉTICA (Editorial), “Principios de Ética Biomédica, de T. L. Beauchamp y J. F. Childress”, *Bioètica & Debat*, 2011, 17(64), pp. 1-7.
- ISLES, A. F., “Understood consent versus Informed consent: a new paradigm for obtaining consent for Pediatric research studies.” *Front Pediatr.*, 2013, 1 p. 38, online, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3864257/>.
- IZZEDDIN-ABOU, R., y JIMÉNEZ, F., “Bioethics in Dentistry, a principled vision”, *Rev CES Odont*, 2013, 26(1), pp. 68-76., online, www.scielo.org.

- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Ed. Olejnik, Santiago-Chile, 2019, 515 pp.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *ADC*, 2012; LXV (fasc. II), pp. 551-584.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., Y DÍAZ MORENO, A. (Coords.), *Lecciones de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 2012, 769 pp.
- JORDANO BAREA, J. B., “Los contratos atípicos”, *Rev Gen de Legislación y Jurisprudencia*, 195, T. 1, 1953, pp. 59-95.
- KAUSHIK, J.S., NARANG, M., y AGARWAL, N., “Informed consent in Pediatric practice”, *Indian Pediatr.*, 2010, Dec, 47(12), pp. 1039-46.
- LABORDA CALVO, E., “Baremos en valoración del daño corporal. Baremo español”, *Rev Portuguesa do Dano Corporal*, (16), 2006, pp. 25-48.
- LABORDA CALVO E., “¿Qué esperamos de la valoración del daño corporal en el futuro?”, 2008, 10 pp., online, <https://www.aEds.org/congreso/congresos-aEds/docs/elc2.doc>.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, 7ª. Ed., Dykinson, Madrid, 2012, 420 pp.
- LANDO, O., y BEALE, H., (Eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer, The Hague-London-Boston, 2000, 561 pp.
- LAMO DE ESPINOSA VÁZQUEZ DE SOLA, E., “La responsabilidad penal y el consentimiento informado”, *DS*, Vol. 29 Extraordinario XXVIII Congreso 2019, pp. 50-65.
- LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 2019, Dykinson, S.L., Madrid, 354 pp.
- LE ROY, M., *L’evaluation du prejudice corporel*, 9ª Ed., LITEC, Paris, 1983, 248 pp.
- LEÓN ACOSTA, M., “La responsabilidad del empleado público en España”, *Rev CES Derecho*, 10 (2), julio-diciembre, 2019, 605-640.
- LIFSHITZ, A., “La relación médico-paciente en una sociedad en transformación”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, 2003, 1(1), pp. 59-66.
- LIZÁRRAGA BONELLI, E., *La responsabilidad profesional del dentista*. Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2020, 575 pp.

- LOMAS HERNÁNDEZ, V., “La (inadecuada) limitación de la autonomía sanitaria del menor introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Rev CESCO de Derecho de Consumo*, 18 de septiembre de 2015, online, www.uclm.es/centro/cesco.
- LÓPEZ CARRICHES, C., BACA PÉREZ-BRYAN, R., SAN HIPÓLITO MARÍN, L., *et al.*, “Percepción y nivel de comprensión del Consentimiento informado en la cirugía del tercer molar inferior”, *RCOE*, 2003, 8(6), pp. 593-724.
- LÓPEZ FRÍAS, A., *Los contratos conexos: estudio de los supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. Bosch, Barcelona, 1994, 371 pp.
- LÓPEZ FRÍAS, A. M., *Los contratos conexos: estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*. Tesis Doctoral. Granada, 1992, 540 pp., online <http://hdl.handle.net/10481/35668>.
- LÓPEZ-NICOLÁS, M., FALCÓN, M., PEREZ-CARCELES, M. D., *et al.*, “Informed consent in dental malpractice claims. A retrospective study”, *Int Dent J.*, 2007, Jun, 57(3), pp. 168-72.
- LÓPEZ-NICOLÁS, M., FALCÓN, M., PEREZ-CARCELES, M. D., *et al.*, “The role of a professional dental organization in the resolution of malpractice claims the professional dentist college in the region of Murcia (Spain)”, *Med Law.*, 2011, Mar, 30(1), pp. 55-63.
- LÓPEZ MELERO, M., “la prisión como lugar idóneo para la reEducación y la reinserción social de los reclusos”, *La Ley Penal*, 2014, 110, Septiembre-Octubre, pp. 88-99.
- LÓPEZ PALAFOX, J. (Dir.), *Apuntes de Odontología Legal y Forense*, 2ª Ed., BDS Librería Editorial, Madrid, 2013, 686 pp.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. I., y TERCEDOR SÁNCHEZ, M., “Multimodalidad y accesibilidad en recursos para el fomento de la salud”, *e-aesla*, pp. 304-316.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *InDret* 2/2020, pp. 111-138., online, www.indret.com.

- LÓPEZ VALVERDE, M. (Dir.). *La responsabilidad civil médica y el Tribunal Supremo. Diez años de evolución de la jurisprudencia. Responsabilidad Civil y Seguro*, Sepin, Madrid, 2017, 272 pp.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *Cuestiones controvertidas en materia de derecho de seguros*, Dykinson, Madrid, 2019, 276 pp.
- LUNA YERGA, A, SALVADOR CODERECH, P. (Prol.), 2004, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y Causalidad*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, 616 pp.
- LUNA SERRANO, A., “Del contrato justo por ser libre al contrato justo por ser equilibrado”, en Pérez-Serrabona González, L. (Dir.), *Derecho Privado, responsabilidad y consumo*, Capítulo 1, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 31-40.
- LLAMAS POMBO, E, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, 461 pp.
- LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, 421 pp.
- LLENA PUY, C., BLANCO GONZÁLEZ, J. M., LLAMAS ORTUÑO, M. E., *et al.*, “La atención bucodental en comunidades autónomas con modelos público o mixto en España”, *RCOE*, 2018, 23 (1), pp. 246-254.
- LLEDÓ YAGÜE, F., MORILLAS CUEVA, L. (Dirs.); Monje Balmaseda, O. (Coord.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 2012, 364 pp.
- LLODRA CALVO, J. C., “Encuesta de salud oral en España. 2010”. *RCOE* 2012, 17, pp. 13-41.
- LLODRA CALVO, J. C., *La demografía de los dentistas en España. Situación pasada, presente y futura. Análisis 1994-2020*. Ilustre Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid 2010, 42 pp.
- LLODRA CALVO, J. C. (Coord.), *Libro Blanco. Encuesta poblacional: La salud bucodental en España*, CGCDE, Ed. Grupo ICM de Comunicación, Madrid, 2020, 84 pp.
- MACIÁ GÓMEZ, R., “Concepto y evaluación del daño moral”, *Derecho.com*, publicado el 19 enero 2009, *online*, <https://www.derecho.com/articulos/2009/01/19/concepto-y-evaluacion-del-dano-moral/>.

- MACÍA MORILLO, A., *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 630 pp.
- MACÍA MORILLO, A., “Panorama de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por *wrongful birth* y *wrongful life*”, *Rev Chilena de Derecho Privado*, 2009, núm. 12, pp. 167-206.
- MALDONAO, M. B., “Lesiones dentarias: valoración del daño odontológico”, *Cuad Med Forense*, 2005, 4 (1), pp. 53-65.
- MANZANO GARCÍA, J. R., *Responsabilidad y el ejercicio de la Medicina*, Porrúa, Méjico, 2002, 284 pp.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Derecho civil y en Derecho penal (A propósito del libro de Martín García-Ripoll Montijano)”, *ADC*, 2010, p. 335.
- MARAVÉR GÓMEZ, M., *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Prólogo de Agustín Jorge Barreiro), Tirant Lo Blanch, Navarra, 2009, 434 pp.
- MARÍN CASTÁN, F., *Supuestos de responsabilidad civil de los artículos 1903 a 1910 del Código civil*, La Ley, Madrid, 2012, 307 pp.
- MARTÍN CASALS, M., “Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil»”, *InDret*, 2/2005, 284, 25 pp., online, www.indret.com.
- MARTÍN CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J., y SOLÉ FELIU, J., “Dictamen sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas”, *Cuadernos de SEAIDA*, 4, noviembre, 2006.
- MARTÍN CASALS, M., “The ‘Principles of European Tort Law’ (PETL) at the beginning of a second decade”, *Rev Dereito Civil Contemp.* Vol. 10, 2017, pp. 251-279.
- MARTÍN CASALS, M., “Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas”, *Rev Esp de Seguros*, *RES*, 18, 2006, pp. 803-837.
- MARTÍN-CASALS, M., “La indemnización por secuelas”, en Martínez Nieto, A. (Coord.), *Valoración de los daños y perjuicios causados a las*

personas en accidentes de circulación, 1 de enero de 2016: un nuevo baremo, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, pp. 57-74.

- MARTIN-CASALS, M., RIBOT IGUALADA, J. y SOLÉ FELIU, J., “Medical Malpractice Liability in Spain: Cases, Trends and Developments”, *European Journal of Health Law*, Vol. 10, no. 2, 2003, pp. 153-182.
- MARTÍN DIZ, F. (Coord.), *La Mediación en materia de Familia y Derecho Penal: estudios y análisis*. Andavira Ed. SL, Santiago de Compostela, 2011, 385 pp.
- MARTÍN REBOLLO, I., “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones”. *AFDUAM*, 4, 2000, pp. 273-316
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., “La Mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal”, en Segovia Bernabé, J. L., *et. al, Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino*. Fundación AGAPE, Ed. Art&Pres, Madrid, 2010, pp. 57-101.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., *La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria: (especial juego de la “Lex artis ad hoc”)*, Tecnos, Madrid, 1992, 72 pp.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J. (Coord.), *La Pérdida de Oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y Jurisprudenciales*, Ed. de Publicaciones del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria-INGESA-Ministerio de Sanidad y Consumo, N° 1.851, Madrid, 2006, 186 pp.
- MARZANO RODRIGUES PETRUZZI, M. N., HAYGERT PITHAN, L., ZANCANARO DE FIGUEIREDO, M. A., y BLESSMANN WEBER, J. B., “Informed consent in dentistry: a standard of good clinical practice”, *Rev Odontol Cienc*, 2013, 28(1), pp. 23-27, online, <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fo>.
- MASALITIN, A., “Férula en Odontoestomatología y responsabilidad profesional”, en Bandrés Moya, F., Delgado Bueno, S., y Sánchez-Caro, J., *Biomedicina y Derecho Sanitario*. Tomo II, Ed. ADEMÁS Comunicación, Madrid, 2006, pp. 417-454.
- MASCAREÑAS, C. E. (Dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. VI, Francisco Seix, Barcelona, 1954, 900 pp.
- MEDALLO MUÑIZ, J., PUJOL ROBINAT, A., y ARIMANY MANSO, J., “Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional médica”. *Med Clin (Barc)*, 2006, 126(4), pp. 152-56.

- MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”. *Rev Resp Civ Seguro*, 2009, 128, pp. 31-74.
- MEORO, M. C., “Problemas sobre legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento”, *Rev Justicia & Derecho*, 2 (2), pp. 34-41, online, <https://doi.org/10.32457/rjyd.v2i2.280>.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., “Consideraciones sobre la reparación del daño moral”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 97, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 377-415.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 4º Ed., Corregida y puesta al día con respecto al Código penal de 1995. Reppertor, Barcelona, 1996, 791 pp.
- MIRALLAS MARTÍNEZ J. A., “Medicina defensiva y Consentimiento informado en rehabilitación”, *Rehabilitación (Madr.)*, 2003, 37(2), pp. 65-66.
- MOMBERG URIBE, R., y PIZARRO WILSON, C., “Fisonomía y efectos de los contratos conexos o grupos de contratos”, *Ius et Praxis*, online, 2021, 27(2), pp. 156-174.
- MOMMSEN, T. y KRUEGER, P., *Corpus Iuris Civilis*, Vol. I, 13ª edición, Berlín, Apud Weidmannos, 1920.
- MONTERO AROCA, J., *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso penal*, Boch, Barcelona, 1991, 744 pp., online <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200156>.
- MONTERROSO CASADO, E., “La responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria respecto a los médicos incluidos en su cuadro facultativo”, *Rev Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, Vol. 95, núm. 771, pp. 456-474.
- MONTERROSO CASADO, E., “Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación”, en Monterroso Casado, E. (Coord), *Responsabilidad Profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-109.
- MONTÉS PENADÉS, V., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de culpas”, *Estudios en homenaje al profesor L. Díez-*

Picazo, II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Cívitas, Madrid, 2002, pp. 2591-2628.

- MONTES RODRÍGUEZ, M. P., “¿Derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual?: Concepto y cuestiones terminológicas. Su delimitación respecto de la responsabilidad contractual y derivada del delito”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 98, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 417-449.
- MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, 191 pp.
- MORALES MORENO, A. M., *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, 353 pp.
- MORALES MORENO, A. M., “Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato”, *Cuadernos de análisis jurídico*, 2011, 7, pp. 263-293.
- MORENO MARTÍN, J., *Situación actual de la valoración médica del daño corporal*. Tesis doctoral Universidad de Málaga, 2015, (RiUMA. <http://hdl.handle.net/10630/11909>), 208 pp.
- MORTE TAMAYO, N., *Manual para la aplicación del baremo de la Ley 35/2015*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016, 210 pp.
- MUNAR BERNAT, P. A., “El daño y su indemnización en supuestos de infracción del deber de informar”, en Lledó Yagüe, F., Morillas Cueva, L. (Dirs.); Monje Balmaseda, O. (Coord.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 109-119.
- MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ, M., “Fórmulas correctoras en el sistema de valoración de daño corporal”, *DS*, 2019, Vol. 29, N°. Extra 1, (XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), pp. 180-185.
- MUÑOZ CONDE, F., “Recensión del Libro de ROXIN, C., Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, en colaboración con otros, Editorial

- Civitas/Thomson Reuters, 2014, 1069 páginas.”, *Rev de Derecho*, 2014, 17, pp. 203-205.
- NAMÉN BARQUERO, J. P., BONILLA, J., PABÓN ALMANZA, C., y URIBE JIMÉNEZ, I.D., “La obligación de información en las diferentes fases de la relación de consumo”. *REVISTA@ e- Mercatoria*, 2009, 8(1), 29 pp., *online*, <https://tinyurl.com/y4cbax3u>.
- NAVARRO-MORA, M., y CARTES-VELÁSQUEZ, R., “Expectativas de especialización profesional en estudiantes de odontología. Revisión de literatura”, *Rev Estomatol Herediana*, 2015, Vol. 25(2), pp. 158-166.
- OGANDO DÍAZ, B., y GARCÍA PÉREZ, A., “Consentimiento informado y capacidad para decidir del menor maduro”, *Pediatr Integral*, 2007, 11(10), pp. 877-883.
- OLAVARRIA IGLESIA, M. T., “El Ministerio Fiscal en los procesos de Mediación Penal”, *online*, <https://n9.cl/55kav>.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *EIDON*, núm. 41, junio 2014, pp. 28-52.
- OMS/OPS. *Clasificación Internacional de enfermedades CIE-10. Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud*, Décima Revisión Vol. 1. Publicación Científica 554, Organización Panamericana de la Salud, Washington D.C. 1995 (Ed. 2008), 1164 pp.
- ORDUÑA, F. J., y CAMPUZANO, A. B. (Dir.), *Curso de derecho privado*, 18ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 787 pp.
- ORTEGO DELGADO, R., *Sanidad española en una Europa Unida*, en Bandrés Moya, F., Delgado Bueno, S., y Sánchez-Caro, J., *Biomedicina y Derecho Sanitario*. Tomo III, ADEMÁS Comunicación, Madrid, 2006, pp. 43-84.
- ORTIZ FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad civil en el ámbito sanitario derivada del consentimiento informado”, *Actualidad J. Iberoam.*, 10 bis, junio, 2019, pp. 548-565.
- OSSORIO SERRANO, J. M., *Lecciones de derecho de daños*, Ed. Técnica Avicam, Granada, 2014, 196 pp.
- PALOMAR OLMEDA, A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., (Dir.), *Tratado de derecho sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, 1385 pp.

- PALOMAR OLMEDA, A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., (Dir.), *Tratado de derecho sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, 1153 pp.
- PALOMER, L., “Consentimiento informado en Odontología. Un Análisis teórico-práctico”, *Acta Bioeth.*, 2009. 15 (1), pp. 100-105.
- PALLARÉS PIQUER, M., GIL-QUINTANA, J., y SANTISTEBAN ESPEJO, A. (Coord.), *Docencia, Ciencia y Humanidades: hacia una enseñanza integral en la Universidad del Siglo XXI*, Dykinson, S.L., Madrid, 2021, 1812 pp.
- PANTALEÓN, F., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, *AFDUAM*, 4, 2000, pp. 167-191.
- PANTALEÓN, F., *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Cuad. Cívitas, Madrid, 1995, 91 pp.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, *Estudios Centenario del Código Civil*, Vol. II, Madrid, 1990, pp. 1561-1592.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al artículo 1902”, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Vol. II, Madrid, 1991.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, IV, 1993, pp. 1719-1745.
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *ADC*, 42, 4, 1989, pp. 1143-1168.
- PANTALEÓN PRIETO, F., *La responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Tecnos, Madrid, 1985, 251 pp.
- PARRA LUCÁN, M. A., *La Protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Reus, Zaragoza, 2011. 326 pp.
- PERA, F. J., y PEREA, B., “Nueva tabla 2. A.1. del baremo médico. Clasificación y valoración de las secuelas en accidentes de circulación en España”, *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), pp. 142-143.
- PEREA, B., “Responsabilidad Profesional en Odontología”, en Bandrés, F. (Ed.), *Lecciones de Medicina Legal*. Ed. Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria Facultad de Medicina (U.C.M.) Madrid 2001, pp. 171-190.

- PEREA PÉREZ, B., y LABAJO GONZÁLEZ, E., “Aspectos odontológico-legales de los tratamientos estéticos extraorales”. *Gaceta Dental*, 2015, 267, pp. 242-248.
- PEREA PÉREZ, B., “Novedades sobre la valoración del daño oral y maxilofacial en el nuevo baremo de tráfico”, *Rev Esp Med Legal*, 2015, 41 (4), pp. 160-162.
- PEREA PÉREZ, B., LABAJO GONZÁLEZ, M. E., SANTIAGO, A., y ALBARRÁN, M. E., “Responsabilidad profesional en odontología”. *Rev Esp Med Legal*, 39 (4), 2013, pp. 149-156., online, www.elsevier.es/mlegal.
- PEREA-PÉREZ, B., LABAJO-GONZÁLEZ, E., SANTIAGO-SÁEZ, A., ALBARRÁN-JUAN, E., y VILLA-VIGIL, A., “Analysis of 415 adverse events in dental practice in Spain from 2000 to 2010”, *Med Oral Patol Oral Cir Bucal*, 2014, Sep 1;19 (5), pp. e500-5., online, <http://dx.doi.org/doi:10.4317/medoral.19601>.
- PEREA PÉREZ, B., LUCERÓN DÍAZ-ROPERO, E., FONSECA PEÑA, M., *et al.*, “Responsabilidad profesional en implantología: Estudio de 60 reclamaciones legales de pacientes motivadas por un tratamiento implantológico”, *Cient Dent.*, 2006, 3(3), pp. 99-106.
- PEREA PÉREZ, B., SANTIAGO SAÉZ, A., LABAJO GONZÁLEZ, M. E., ALBARRÁN J., M. E., DORADO FERNÁNDEZ, E., y GARCÍA MARTÍN, A., “El médico ante los tribunales: análisis de las sentencias judiciales relacionadas con la responsabilidad profesional médica en España”, *Rev Esp Med Legal*, 39 (4), 2013, p. 132., online, www.elsevier.es/mlegal.
- PEREA-PÉREZ, B., SANTIAGO-SÁEZ A., LABAJO-GONZÁLEZ M. E., ALBARRÁN-J. M. E., “Professional liability in oral surgery: Legal and Medical study of 63 court sentences”, *Med Oral Patol Oral Cir Bucal*, 2011, 16:e526-31., online, <http://www.medicinaoral.com>.
- PEREA PÉREZ, B., VEGA DEL BARRIO, J. M., LABAJO GONZÁLEZ E., *et al.*, “Estudio sobre el aumento de las reclamaciones de pacientes odontológicos y su relación con el cambio de modelo de asistencia dental”, *Cient Dent.*, 2005, 2 (3), pp. 187-192.
- PEREA PÉREZ, B., *Metodología para la evaluación del daño bucodental*, Tesis Doctoral, 1993 (Pub.), Univ. Complutense de Madrid, 2005, 418 pp., online <https://elibro--net.uma.debiblio.com/es/ereader/uma/92006?page=4>.

- PEREÑA MUÑOZ, J. J., “Análisis del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015: indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales”, *Rev Responsabilidad civil y Seguro*, 2016, 57, pp. 9-48.
- PÉREZ CONESA, C., “Seguro de asistencia sanitaria: responsabilidad civil de las aseguradoras por daños al asegurado ocasionados por facultativos o en centros comprendidos en su cuadro médico”. *Rev Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.10, 2018, pp. 25-48.
- PÉREZ CONESA, C., “Responsabilidad civil de la compañía de seguros por daños causados al asegurado por facultativos de su cuadro médico en el seguro de asistencia sanitaria”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 115, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1043-1069.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. (Dir.), *Derecho Privado, responsabilidad y consumo*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 742 pp.
- PÉREZ VALLEJO, A. M., “Responsabilidad médico-sanitaria y daños por pérdida de oportunidad”, en Ataz López, J., y Cobacho Gómez, J. A. (Coords.), *Cuestiones Clásicas y actuales del derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Roca Guillamón*, Tomo III, Capítulo 117, Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2021, pp. 1131-1164.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia estatal BOE, Madrid, 2016, 536 pp.
- PETROVICH, A., “Derecho al Consentimiento informado. Una historia jurisprudencial angloamericana”. *Rev Esp Daño corporal*, 1997, 3(5), pp. 37-44.
- PINILLA DOMÍNGUEZ, J., “Futuro incierto de la profesión de dentista en España” (Editorial), *Gac Sanit.*, 2012, 26 (6), pp. 495-496.
- POMARES BARRIOCANAL, J. A., *Reglas para la valoración del daño corporal. Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*, Dykinson, Madrid, 2018, 399 pp.
- PRIETO VELASCO J. A., y LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. I., “Managing graphic information in terminological knowledge bases”. *Terminology*, 2009, 15(2), pp. 179–213.

- PUIG PEÑA, F., “Daños y perjuicios”, en Mascareñas, C. E., (Dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, Vol. VI, F. Seix, Barcelona, 1954, pp. 215-220.
- QUINTERO ROA, E. M., “Consentimiento informado: evolución histórica de la jurisprudencia norteamericana”, *Rev Temas Socio Jurídicos*, 2013, 32(65), pp. 137-154.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, online, www.dle.rae.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, online, www.dpej.rae.es.
- REYNAL REILLO, E.; PLAZA PENADÉS, J., y FABREGAT MONFORT, G., (Pról.), *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Aranzadi, Pamplona, 2017, 262 pp.
- ROCA TRÍAS, E., “Resarcir o enriquecer. La concurrencia de indemnizaciones por un mismo daño”, *ADC*, 2004, Vol. 57, núm. 3, pp. 901-928.
- ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños: textos y materiales*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 331 pp.
- RODRÍGUEZ FERNANDEZ, R., “El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios”, *Rev Jur de la Comunidad de Madrid*, 2009, 28, pp. 47-68.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, M., “Aspectos básicos de la doctrina del daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria”, *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2013, Vol. VI, pp. 199-218.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual”, *Rev jurídica*, 2007, 15, pp. 239-263.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., “Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física” *DS*, 2016, 14(1), pp. 167-204.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Bosch, Barcelona, 2004, 371 pp.
- RODRÍGUEZ MENACHO, D., RUÍZ JIMÉNEZ, J., SERRANO GIL, A. D., y CASTAÑO SÉIQUER, A.L., “Evolución histórica de la baremación del daño dental derivado de la responsabilidad profesional”. *RCOE*, Vol. 24, (3), 2019, pp. 95-98.

- RODRÍGUEZ VALIENTE, A., y VÁZQUEZ SASOT, A., “Revisión y crítica de la valoración del daño estético. Propuesta de un nuevo baremo”, *Cuad. Med. Forense*, 2014, 20(1), pp. 26-35.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*”, *RDC*, Vol. I, (4), 2014, pp. 155-187.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, 323 pp.
- ROVIRA VIÑAS, A., *Autonomía personal y tratamiento médico; una aproximación constitucional al Consentimiento informado*, Aranzadi, Pamplona, 2007, 226 pp.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Trad., y notas Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M., y De Vicente Remesal, J.), Civitas, Madrid, 1997.
- RUBIÑOS LÓPEZ, E., RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, L. M., y VARELA CENTELLES, A., “Impact of the systematic use of the Informed consent form at public dental care units in Galicia (Spain)”. *Med Oral Patol Oral Cir Bucal*, 2009, 13(6), e380-4.
- RUBIO TORRANO, E., “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 de enero de 2012)”, *Rev Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (3), 2012, pp. 53-59.
- SÁ LIMA, É.P., “Naturaleza jurídica del Consentimiento informado a la luz de los modelos español y brasileño de protección al paciente”. *Rev Derecho Privado, U. Ext. Colombia*, 2017, 32(1), pp. 473-489, online, <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.16>.
- SÁ LIMA, É.P., “El desarrollo histórico del Consentimiento informado en España y en Brasil”, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, online, <http://civilistica.com/el-desarrollo-historico-del-consentimiento/>
- SAIGÍ ULLASTRE, U., GÓMEZ DURÁN, E. L., y ARIMANY MANSO, J., “Cuantificación de la pérdida de oportunidad en responsabilidad profesional médica”. *Rev Esp Med Legal*, 2013, 39 (4), pp. 157-161.
- SALVADOR CODERECH, P., y FERNÁNDEZ CRENDE, A., “Causalidad y responsabilidad, (Tercera edición)”, *InDret*, 1/2006, 27 pp., online, www.indret.com.

- SALVADOR CODERECH, P., y GARCÍA-MICÓ, T. G., “Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil”, *InDret*, 1/2020, pp. 28-55., online, www.indret.com.
- SAN MARTÍN GALINDO, L., *Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad*, en *Estudio y análisis de la equidad en salud. Una visión en salud oral*, Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM), Madrid, 2013, 148 pp.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P., “La Mediación penal como herramienta para repensar la justicia”, en Segovia Bernabé, J. L., *et. al.*, *Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino*. Fundación AGAPE, Ed. Art&Pres, Madrid, 2010, pp. 223-239.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P., “Prólogo”, en Segovia Bernabé, J. L., *et. al.*, *Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino*. Fundación AGAPE, Ed. Art&Pres, Madrid, 2010, pp. 9-12.
- SÁNCHEZ CARO, J., “La Ley sobre autonomía del paciente y su repercusión en las Comunidades Autónomas”. *Rev Adm Sanit*, 2003, 1(2), pp. 189-202.
- SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., “El daño desproporcionado”, *Rev CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, núm. 8, pp. 240-258., online, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial”, *Cad Ibero Amer Direito Sanit*, 2013, 2 (2), pp. 747-765.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, 2014, pp. 97-117.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del proyecto de ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la Legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica,” *RDC*, 2020, VII (5), Ensayos, pp. 385-428.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, 354 pp.

- SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado”. Working paper nº.209, *InDret*, 2/2004, 25 pp., online, www.indret.com.
- SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 3ª Ed., Montecorvo, Madrid, 1981, 965 pp.
- SANTOS MORÓN, M. J., “La imputación de la responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLC”, *ADC*, 2017, LXX (I), pp. 119-164.
- SANTOS MORÓN, M. J., “La Responsabilidad Médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual”, *InDret*, 1/ 2018, 57 pp., online, www.indret.com
- SANTOS MORÓN, M. J., *La forma de los contratos en el Código civil*, Univ. Carlos III, BOE, Madrid, 1996, 419 pp.
- SANTOS MORÓN, M. J., (Coord.), *Lecciones de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2014, 366 pp.
- SANZ ENCINAR, A., “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”. *AFDUAM*, 2000, 4, pp. 27-55.
- SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad telEdirigida*. 1998. 2ª Ed. Taurus-Alfaguara, Buenos Aires, 1998, 159 pp.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *et. al., Mediación Penal y Penitenciaria. 10 años de camino*, Fundación AGAPE, Ed. Art&Pres, Madrid, 2010, 239 pp.
- SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?” *Jueces para la Democracia*, 2007, 59, pp. 8-16.
- SEIJAS QUINTANA, J. A., “Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados?”, *Rev Asoc Esp Abogados Espec R Civil y Seguro*, 2009, 29, pp. 9-22.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., “Comentario al artículo 1544”, en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno J. y Valpuesta Fernández, R. (Dirs.), *Código Civil Comentado. Vol. IV. Libro IV - De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)*. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 351-357.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad

del sistema sanitario”, *InDret*, 2/2002, 6 pp., online, www.indret.com.

SIMÓN LORDA, P., *El Consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000, 479 pp.

SISO MARTIN, J., “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (I)”, *ADS*, 154, 2008, pp. 764-767.

SISO MARTIN, J., “La tesis de la pérdida de oportunidad médica (II)”. *ADS*, 155, 2008, pp. 838-839.

SIURANA APARISI, J. C., “Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural”, *Veritas*, núm. 22, 2010, pp. 121-157.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE ODONTOPEDIATRÍA, *Protocolos*, online www.odontologiapediatrica.com/protocolos/.

SOLARTE RODRÍGUEZ, A., “La reparación *in natura* del daño”, *Rev Vniversitas*, 54(109), 2005, pp. 187-238.

SOLÉ FELIU, J., “El daño moral por infracción contractual: principios modelos y derecho español”, *InDret*, 1/2009, 42 pp., online, www.indret.com.

SOLÉ RESINA, J., “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, *RED*, junio, 2014 (2), online, www.cije.up.pt/revistared.

SOSA OLÁN, H. “El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español”, *Ars Boni et Aequi*, 2015, 11, núm. 2, pp. 167-201.

SOTO CANTERO, L., DANILO DE LA TORRE MORALES, J., AGUIRRE ESPINOSA, I., y DE LA TORRE RODRÍGUEZ, E., “Trastornos temporomandibulares en pacientes con maloclusiones”, *Rev Cubana Estomatol.*, 2013, 50(4), pp. 374-387.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., *La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad europea*, C. Universidades, Madrid, 1988, 274 pp.

TARODO SORIA, S., “La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *DS*, 2006, 14(1), pp. 229-249.

TENA PIAZUELO, I., “Falta de responsabilidad del franquiciador frente a terceros. Comentario a la STS 634/2021, de 23 de febrero (RJ 2021,

758)”, *Cuad. Civitas de jurisprudencia civil*, núm 117, 2021, pp. 185-204.

TERCEDOR SÁNCHEZ, M., LÓPEZ RODRÍGUEZ, C. I., y PRIETO VELASCO, J. A., “También los pacientes hacen terminología: retos del proyecto VariMed. Panace@”, *Rev de Medicina, Lenguaje y Traducción*, 2014; 15 (39), pp. 95-102.

TORÍO LÓPEZ, A., “Cursos causales no verificables en derecho penal”, *ADPCP*, 1983, pp. 221-238.

TORRENT, A., “La noción de contrato en Derecho Romano”, *RIDROM*, 2021 (26), pp. 550-574, online, <http://www.ridrom.uclm.es>

TORRES QUINTANA, M. A. y ROMO, F., “Bioética y ejercicio profesional de la Odontología”, *Acta Bioeth.*, 2006, 12(1), pp. 65-74.

VALDITARA, G., *Damnum iniuria datum*, G. Giappichelli, Torino, 1996, 113 pp.

VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el derecho de consumo y el derecho contractual general”, en Cámara Lapuente, S. (Dir.) y Arroyo i Amayuelas, E. (Coord.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012a, pp.421-456.

VAQUER ALOY, A., “La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo”, en De Barrón Arniches, P. (Dir.), *Ejercicio de las profesiones liberales y responsabilidad civil*, Capítulo primero, Comares, Granada, 2012b, pp. 1-26.

VASQUEZ, R. J. “Understanding Understood Consent”, *Ochsner Journal*, 2017, 17, 317–318.

VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 883 pp.

VÁZQUEZ JIMÉNEZ, F.D., “Aspectos prácticos de la responsabilidad médica”, *Rev Miramar*, 2007, 168, pp. 50-53.

VÁZQUEZ LÓPEZ, J.E., “La «Lex Artis ad hoc» como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea)”, *Cuad. Med Forense*. 2010, 16(3), pp. 179-182.

- VEGA VEGA, C., y BAÑÓN GONZÁLEZ, R., “Criterios de estabilidad lesional en la valoración del daño corporal”, *Rev Esp Med Legal*, 2012, 38 (1), pp. 36-38.
- VERDERA SERVER, R., “Comentario al artículo 1089”, en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno J. y Valpuesta Fernández, R. (Dir.), *Código Civil Comentado Vol. III. Libro IV- De las Obligaciones y contratos Teoría general de la obligación y el contrato (Arts. 1088 a 1444)*. Cizur Menor, Pamplona, 2ª Ed. Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 35-41.
- VERDÚ PASCUAL, F. A., *Secreto profesional médico. Normas y usos*, Comares, Granada, 2005, 108 pp.
- VILLANUEVA CAÑADAS, E., y HERNÁNDEZ CUETO, C., “Problemas médico-legales de la valoración del daño corporal”, en Villanueva Cañadas, E. (Ed.), *Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología*, Cap. 39, 6ª Ed., Masson, Barcelona, 2004, pp. 516-533.
- VILLANUEVA CAÑADAS, E. (Ed.), *Gisbert-Calabuig, J. A., Medicina Legal y Toxicología*, 7ª Ed., Elsevier, Barcelona, 2019, 1466 pp.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*. La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009, 745 pp.
- VIVAS TESÓN, I., “Discapacidad y Consentimiento informado en materia de tratamientos sanitarios y de bioinvestigación”, *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez., 2014.
- VON JHERING, R., *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, 293 pp.
- VON KRETSCHMANN RAMÍREZ, R., y ARENAS MASSA, Á., “Enseñanza de bioética en la carrera de Odontología. Reflexiones y prospectivas”, *Persp. Bioét.*, 2016, 20(2), pp. 257-270.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “A cuestras con los herederos, los familiares y los perjudicados”, *Rev Resp Civil y Seguro*, 2009, núm. 31, pp. 23-26.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *DS*, 2001, 9(1), pp. 35-50.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., “La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate”, en De Ángel Yáguez, R., e Yzquierdo Tolsada, M. (Coords.), *Estudios de responsabilidad civil*

en homenaje al Prof. R. López Cabana, Dykinson, Madrid, 2001, p. 232.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Reus S.A., Madrid, 1989, 456 pp.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, 548 pp.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Responsabilidad Civil contractual y extracontractual en el sistema español”, en Pirozzi, R., e Yzquierdo Tolsada, M., *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, pp. 63-153.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad Civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Dykinson, Madrid, 2015, 665 pp.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2020, 761 pp.

ZAMBRANA MORAL, P., y CORPAS PASTOR, L., “Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales”, *Informe dental*, 1998, 15, pp. 295-97.

ZAROR SÁNCHEZ, C., MUÑOZ MILLÁN P., ESPINOZA ESPINOZA, G., *et al.*, “Enseñanza de la bioética en el currículo de las carreras de Odontología desde la perspectiva de los estudiantes”, *Acta Bioethica*, 2014, 20 (1), pp. 135-142.

BIBLIOGRAFÍA QUE AVALA ESTA TESIS

- CORPAS PASTOR, L., *Valoración Legal del Daño. Responsabilidad y competencia del Higienista dental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, 140 pp.
- CORPAS PASTOR, L., “Consentimiento informado en la esfera odontoestomatológica”, *RDC (Ensayos)*, 2019, Vol. VI, núm. 1, pp. 445-484.
- CORPAS PASTOR, L., “Dentistas en el banquillo: el papel de la Mediación Penal”, *Gaceta Dental*, 2018, núm. 301, pp. 164-174.
- CORPAS PASTOR, L., “El contrato de suministro de servicios dentales y la aplicación de la legislación de consumo”, *Economist & Jurist*, 2020, (9/8/2020, online, <https://acortar.link/fhHkoT>).
- CORPAS PASTOR, L., “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos”, *Rev Actualidad del Derecho Sanitario*, 2018, núm. 262, pp. 837-882.
- CORPAS PASTOR, L., “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos (II)”, *Rev Actualidad del Derecho Sanitario*, 2018, núm. 263, pp. 1017-1023.
- CORPAS PASTOR, L., “El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos (III)”, *Rev Actualidad del Derecho Sanitario*, 2018, núm. 264, pp. 1024-1034.
- CORPAS PASTOR, L., “La extinción del crédito vinculado a la financiación de tratamientos dentales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, de 31 de enero de 2019”, *Rev crítica de Historia de las relaciones Laborales y de la Política Social*, 2020 (en prensa),
- CORPAS PASTOR, L., “La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta *lege ferenda*”, *Rev Actualidad del Derecho Sanitario*, 2019, núm. 276, pp. 1237-1240.
- CORPAS PASTOR, L., “La nueva regulación de la atención dental infantil en Andalucía. Propuesta *lege ferenda* (II)”, *Rev Actualidad del Derecho Sanitario*, 2020, núm. 277, pp. 7-11.

CORPAS PASTOR, L., “Posibilidades de la Mediación penal en procesos por responsabilidad médica”, *Rev. Dig. Penal*, 2017, 10, núm. 21, (Septiembre), Edit. Sepín, SP/DOCT/23235, *online*, www.sepin.es/penal/

NOTA.- Con la referencia SP/DOCT/23235; ha sido objeto de publicaciones digitales de las materias que a continuación se indican:

- *Boletín Colectivos Penal* Octubre 2017.
- *Revista Digital de Mediación y Arbitraje* Octubre 2017.
- *Revista Digital Penal* Octubre 2017.
- *Boletín Colectivos Responsabilidad Civil y Seguro* Noviembre 2017.
- *Boletín Colectivos Mediación y Arbitraje* Noviembre 2017.
- *Revista Digital Responsabilidad Civil y Seguro* Noviembre 2017.
- *Boletín Colectivos Mediación y Arbitraje* Diciembre 2017.
- *Revista Digital Derecho Sanitario* Marzo 2019.

CORPAS PASTOR, L., “Verdades como puñetas: una visión iusfilosófica práctica jurisprudencial de responsabilidad sanitaria derivada del derecho fundamental al consentimiento informado, en su conexión con el derecho a la integridad física y moral”, *Revista crítica de Historia de las relaciones Laborales y de la Política Social*, 2020 (aceptado para su publicación).

CORPAS PASTOR, L., “Responsabilidad del Higienista dental en relación de dependencia orgánica y funcional con el dentista: la acción directa”, *Rev. Práctica de Derecho, CEF LEGAL*, 2022.

NOTA. - Artículo que se presentó al premio 2021 del CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, que fue seleccionado por pares anónimamente, para su publicación en 2022 (Núm. junio).

ANEXO JURISPRUDENCIAL
Tribunal Supremo

<i>Número</i>	<i>Sala y fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
169/2021	Sala de lo Penal 25/02/2021	Roj: STS 770/2021 - ECLI:ES:TS:2021:770	Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco
98/2021	Sala de lo Civil 23/02/2021	Roj: STS 634/2021 - ECLI:ES:TS:2021:634	Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena
150/2021	Sala de lo Penal 18/02/2021	Roj: STS 1307/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1307	Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco
212/2021	Sala de lo Contencioso 17/02/2021	Roj: STS 669/2021 - ECLI:ES:TS:2021:669	Excma. Sra. D. ^a Celsa Pico Lorenzo
144/2021	Sala de lo Contencioso 04/02/2021	Roj: STS 243/2021 - ECLI:ES:TS:2021:243	Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez
3935/2019	Sala de lo Contencioso 04/02/2021	Roj: STS 550/2021 - ECLI:ES:TS:2021:550	Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina
59/2021	Sala de lo Penal 27/01/2021	Roj: STS 458/2021 - ECLI:ES:TS:2021:458	Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar
545/2020	Sala de lo Civil 20/10/2020	Roj: STS 3492/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3492	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
501/2020	Sala de lo Civil 05/10/2020	Roj: STS 3172/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3172	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
503/2020	Sala de lo Civil 05/10/2020	Roj: STS 3162/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3162	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
1249/2020	Sala de lo Contencioso 02/10/2020	Roj: STS 3054/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3054	Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

1226/2020	Sala de lo Contencioso 30/09/2020	Roj: STS 3106/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3106	Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego
473/2020	Sala de lo Civil 17/09/2020	Roj: STS 2849/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2849	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
426/2020	Sala de lo Civil 15/07/2020	Roj: STS 2501/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2501	Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile
448/2020	Sala de lo Civil 20/07/2020	Roj: STS 2492/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2492	Excma. Sra. D. ^a M. ^a Ángeles Parra Lucán
279/2020	Sala de lo Civil 10/06/2020	Roj: STS 2200/2020 - ECLI: ES:TS:2020:2200	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
232/2020	Sala de lo Civil 02/06/2020	Roj: STS 1587/2020 - ECLI: ES:TS:2020:1587	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
266/2020	Sala de lo Civil 09/06/2020	Roj: STS 1582/2020 - ECLI: ES:TS:2020:1582	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
419/2020	Sala de lo Contencioso 14/05/2020	Roj: STS 1049/2020 - ECLI: ES:TS:2020:1049	Excma. Sra. D. ^a Celsa Pico Lorenzo
171/2020	Sala de lo Civil 11/03/2020	Roj: STS 778/2020 - ECLI: ES:TS:2020:778	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
305/2020	Sala de lo Contencioso 03/03/2020	Roj: STS 664/2020 - ECLI: ES:TS:2020:664	Excma. Sra. D. ^a María del Pilar Teso Gamella
107/2020	Sala de lo Civil 19/02/2020	Roj: STS 503/2020 - ECLI: ES:TS:2020:503	Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo
84/2020	Sala de lo Civil 06/02/2020	Roj: STS 378/2020 - ECLI: ES:TS:2020:378	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
51/2020	Sala de lo Civil 22/01/2020	Roj: STS 143/2020 - ECLI: ES:TS:2020:143	Excma. Sra. D. ^a M. ^a Ángeles Parra Lucán

579/2019	Sala de lo Civil 05/11/2019	Roj: STS 3427/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3427	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
556/2019	Sala de lo Civil 22/10/2019	Roj: STS 3503/2019 - ECLI: ES:TS:2019:3503	Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan
449/2019	Sala de lo Civil 18/07/2019	Roj: STS 2508/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2508	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
324/2019	Sala de lo Penal 20/06/2019	Roj: STS 2048/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2048	Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet
326/2019	Sala de lo Civil 06/06/2019	Roj: STS 1949/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1949	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
321/2019	Sala de lo Civil 05/06/2019	Roj: STS 1840/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1840	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
269/2019	Sala de lo Civil 17/05/2019	Roj: STS 1513/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1513	Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena
463/2019	Sala de lo Contencioso 04/04/2019	Roj: STS 1137/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1137	Excma. Sra. D. ^a Ines Huerta Garicano
458/2019	Sala de lo Contencioso 04/04/2019	Roj: STS 1135/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1135	Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez
741/2018	Sala de lo Penal 07/02/2019	Roj: STS 383/2019 - ECLI:ES:TS:2019:383	Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia
1820/2018	Sala de lo Contencioso 19/12/2018	Roj: STS 4337/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4337	Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
1084/2018	Sala de lo Contencioso 26/06/2018	Roj: STS 2444/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2444	Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso
665/2018	Sala de lo Contencioso 24/04/2018	Roj: STS 1546/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1546	Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

122/2018	Sala de lo Civil 07/03/2018	Roj: STS 730/2018 - ECLI:ES:TS:2018:730	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
833/2017	Sala de lo Penal 18/12/2017	Roj: STS 4489/2017 - ECLI: ES:TS:2017:4489	Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro
1680/2017	Sala de lo Contencioso 07/11/2017	Roj: STS 3955/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3955	Excmo. Sr. D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo
782/2017	Sala de lo Contencioso 09/05/2017	Roj: STS 1820/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1820	Excma. Sra. D. ^a Maria del Pilar Teso Gamella
89/2017	Sala de lo Civil 15/02/2017	Roj: STS 454/2017 - ECLI: ES:TS:2017:454	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
288/2017	Sala de lo Contencioso 20/02/2017	Roj: STS 516/2017 - ECLI: ES:TS:2017:516	Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero
36/2017	Sala de lo Civil 20/01/2017	Roj: STS 176/2017 - ECLI:ES:TS:2017:176	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
698/2016	Sala de lo Civil 24/11/2016	Roj: STS 5161/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5161	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
649/2016	Sala de lo Civil 03/11/2016	Roj: STS 4716/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4716	Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno
534/2016	Sala de lo Civil 14/09/2016	Roj: STS 4060/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4060	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
250/2016	Sala de lo Civil 13/04/2016	Roj: STS 1639/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1639	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
240/2016	Sala de lo Civil 12/04/2016	Roj: STS 1624/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1624	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

227/2016	Sala de lo Civil 08/04/2016	Roj: STS 1427/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1427	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
206/2016	Sala de lo Civil 05/04/2016	Roj: STS 1417/2016 - ECLI: ES:TS:2016:1417	Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleon Prieto
479/2015	Sala de lo Civil 15/09/2015	Roj: STS 3752/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3752	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
478/2015	Sala de lo Civil 14/09/2015	Roj: STS 3753/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3753	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
483/2015	Sala de lo Civil 08/09/2015	Roj: STS 3722/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3722	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
330/2015	Sala de lo Civil 17/06/2015	Roj: STS 2572/2015 - ECLI: ES:TS:2015:2572	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
336/2015	Sala de lo Civil 09/06/2015	Roj: STS 3209/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3209	Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz
213/2015	Sala de lo Civil 17/04/2015	Roj: STS 1418/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1418	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 1508/2013</i>	Sala de lo Contencioso 06/04/2015	Roj: STS 1788/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1788	Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez
<i>Nº de Recurso: 1915/2013</i>	Sala de lo Contencioso 20/03/2015	Roj: STS 1310/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1310	Excma. Sra. D ^a Maria del Pilar Teso Gamella
129/2015	Sala de lo Civil 06/03/2015	Roj: STS 826/2015 - ECLI:ES:TS:2015:826	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 661/2013</i>	Sala de lo Contencioso 24/02/2015	Roj: STS 746/2015 - ECLI:ES:TS:2015:746	Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

33/2015	Sala de lo Civil 18/02/2015	Roj: STS 434/2015 - ECLI:ES:TS:2015:434	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
18/2015	Sala de lo Civil 03/02/2015	Roj: STS 206/2015 - ECLI:ES:TS:2015:206	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
29/2015	Sala de lo Civil 02/02/2015	Roj: STS 202/2015 - ECLI:ES:TS:2015:202	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 2834/2013</i>	Sala de lo Contencioso 13/01/2015	Roj: STS 131/2015 - ECLI:ES:TS:2015:131	Excmo. Sr. D. Ramon Trillo Torres
<i>Nº de Recurso: 2499/2013</i>	Sala de lo Contencioso 14/10/2014	Roj: STS 4198/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4198	Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez
<i>Nº de Recurso: 4000/2012</i>	Sala de lo Contencioso 03/10/2014	Roj: STS 3890/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3890	Excma. Sra. D ^a Maria del Pilar Teso Gamella
<i>Nº de Recurso: 2455/2013</i>	Sala de lo Contencioso 30/09/2014	Roj: STS 4021/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4021	Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez
<i>Nº de Recurso: 3637/2012</i>	Sala de lo Contencioso 27/09/2014	Roj: STS 4023/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4023	Excma. Sra. D ^a Maria del Pilar Teso Gamella
<i>Nº de Recurso: 2377/2012</i>	Sala de lo Contencioso 20/05/2014	Roj: STS 2052/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2052	Excmo. Sr. D. Ramon Trillo Torres
71/2014	Sala de lo Civil 25/02/2014	Roj: STS 625/2014 - ECLI:ES:TS:2014:625	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
284/2014	Sala de lo Civil 06/06/2014	Roj: STS 2255/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2255	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
288/2014	Sala de lo Civil 29/05/2014	Roj: STS 2039/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2039	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

244/2014	Sala de lo Civil 21/05/2014	Roj: STS 1911/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1911	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
283/2014	Sala de lo Civil 20/05/2014	Roj: STS 2116/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2116	Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán
<i>Nº de Recurso: 2766/2012</i>	Sala de lo Contencioso 20/05/2014	Roj: STS 2052/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2052	Excmo. Sr. D. Ramon Trillo Torres
247/2014	Sala de lo Civil 19/05/2014	Roj: STS 1910/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1910	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
226/2014	Sala de lo Civil 09/05/2014	Roj: STS 1768/2014 - ECLI: ES:TS:2014:1768	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
230/2014	Sala de lo Civil 07/05/2014	Roj: STS 1769/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1769	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 2766/2012</i>	Sala de lo Contencioso 11/04/2014	Roj: STS 1638/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1638	Excma. Sra. Dª Maria del Pilar Teso Gamella
71/2014	Sala de lo Civil 25/02/2014	Roj: STS 625/2014 - ECLI:ES:TS:2014:625	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 1552/2013</i>	Sala de lo Contencioso 10/01/2014	Roj: STS 60/2014 - ECLI:ES:TS:2014:60	Excma. Sra. Dª Maria del Pilar Teso Gamella
<i>Nº de Recurso: 2202/2012</i>	Sala de lo Social 13/11/2013	Roj: STS 5862/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5862	Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia
616/2013	Sala de lo Civil 15/10/2013	Roj: STS 4953/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4953	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
517/2013	Sala de lo Civil 19/07/2013	Roj: STS 4090/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4090	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

513/2013	Sala de lo Civil 19/07/2013	Roj: STS 3998/2013 - ECLI: ES:TS:2013:3998	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
463/2013	Sala de lo Civil 28/06/2013	Roj: STS 3519/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3519	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
199/2013	Sala de lo Civil 11/04/2013	Roj: STS 2069/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2069	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 2892/2011</i>	Sala de lo Contencioso 03/12/2012	Roj: STS 8508/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8508	Excmo. Sr. D. Ricardo Enriquez Sancho
488/2012	Sala de lo Civil 17/07/2012	Roj: STS 5167/2012 - ECLI:ES:TS:2012:5167	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
333/2012	Sala de lo Civil 18/05/2012	Roj: STS 3070/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3070	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
948/2011	Sala de lo Civil 16/01/2012	Roj: STS 279/2012 - ECLI:ES:TS:2012:279	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
964/2011	Sala de lo Civil 27/12/2011	Roj: STS 8835/2011 - ECLI: ES:TS:2011:8835	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº de Recurso: 3833/2009</i>	Sala de lo Contencioso 02/11/2011	Roj: STS 6944/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6944	Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez
<i>Nº de Recurso: 1120/2007</i>	Sala de lo Contencioso 07/06/2011	Roj: STS 3704/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3704	Excmo. Sr. Don Enrique Lecumberri Marti
357/2011	Sala de lo Civil 01/06/2011	Roj: STS 3146/2011 - ECLI: ES:TS:2011:3146	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
323/2011	Sala de lo Civil 13/05/2011	Roj: STS 2500/2011 - ECLI: ES:TS:2011:2500	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

101/2011	Sala de lo Civil 4/03/2011	Roj: STS 1804/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1804	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
62/2011	Sala de lo Civil 11/02/2011	Roj: STS 504/2011 - ECLI:ES:TS:2011:504	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1/2011	Sala de lo Civil 20/01/2011	Roj: STS 229/2011 - ECLI: ES:TS:2011:229	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
694/2010	Sala de lo Civil 29/10/2010	Roj: STS 5791/2010 - ECLI: ES:TS:2010:5791	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº Recurso: 2692/2009</i>	Sala de lo Social 26/10/2010	Roj: STS 6452/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6452	Excma. Sra. D ^a . Maria Milagros Calvo Ibarlucea
838/2010	Sala de lo Penal 06/10/2010	Roj: STS 5285/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5285	Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo
583/2010	Sala de lo Civil 27/09/2010	Roj: STS 4725/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4725	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
575/2010	Sala de lo Civil 27/09/2010	Roj: STS 5151/2010 - ECLI:ES:TS:2010:5151	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
567/2010	Sala de lo Civil 22/09/2010	Roj: STS 4716/2010 - ECLI: ES:TS:2010:4716	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
<i>Nº Recurso: 863/2008</i>	Sala de lo Contencioso 23/09/2010	Roj: STS 4867/2010 - ECLI:ES:TS:2010:4867	Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti
<i>Nº Recurso: 2692/2009</i>	Sala de lo Social 26/10/2010	Roj: STS 6452/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6452	Excma. Sra. D ^a . Maria Milagros Calvo Ibarlucea
<i>Nº de Recurso: 1443/2009</i>	Sala de lo Social 09/03/2010	Roj: STS 1723/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1723	Excmo. Sr. D. Luis Ramon Martinez Garrido
127/2010	Sala de lo Civil 03/03/2010	Roj: STS 976/2010 - ECLI:ES:TS:2010:976	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

674/2009	Sala de lo Civil 13/10/2009	Roj: STS 5965/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5965	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
534/2009	Sala de lo Civil 30/06/2009	Roj: STS 5965/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5965	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
478/2009	Sala de lo Civil 30/06/2009	Roj: STS 4687/2009 - ECLI: ES:TS:2009:4687	Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan
Nº Recurso: 1822/2005	Sala de lo Contencioso 09/06/2009	Roj: STS 3798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3798	Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina
2/2009	Sala de lo Civil 21/01/2009	Roj: STS 68/2009 - ECLI: ES:TS:2009:68	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1222/2008	Sala de lo Civil 16/12/2008	Roj: STS 7513/2008 - ECLI:ES:TS:2008:7513	Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios
943/2008	Sala de lo Civil 23/10/2008	Roj: STS 5371/2008 - ECLI: ES:TS:2008:5371	Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández
407/2008	Sala de lo Civil 14/05/2008	Roj: STS 2003/2008 - ECLI: ES:TS:2008:2003	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1065/2007	Sala de lo Civil 04/10/2007	Roj: STS 6119/2007 - ECLI: ES:TS:2007:6119	Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta,
837/2007	Sala de lo Civil 06/07/2007	Roj: STS 4806/2007 - ECLI: ES:TS:2007:4806	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
465/2007	Sala de lo Civil 30/04/2007	Roj: STS 2559/2007 - ECLI: ES:TS:2007:2559	Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández
358/2007	Sala de lo Penal 30/04/2007	Roj: STS 3916/2007 - ECLI: ES:TS:2007:3916	Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
421/2007	Sala de lo Civil 17/04/2007	Roj: STS 4256/2007 - ECLI: ES:TS:2007:4256	Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios

218/2008	Sala de lo Civil 12/03/2008	Roj: STS 3822/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3822	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1367/2006	Sala de lo Civil 21/12/2006	Roj: STS 8259/2006 - ECLI:ES:TS:2006:8259	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1132/2006	Sala de lo Civil 15/11/2006	Roj: STS 6788/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6788	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
993/2006	Sala de lo Civil 04/10/2006	Roj: STS 5695/2006 - ECLI: ES:TS:2006:5695	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
688/2006	Sala de lo Civil 21/06/2006	Roj: STS 3816/2006 - ECLI: ES:TS:2006:3816	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
488/2006	Sala de lo Civil 10/05/2006	Roj: STS 3027/2006 - ECLI: ES:TS:2006:3027	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
269/2006	Sala de lo Civil 23/03/2006	Roj: STS 1686/2006 - ECLI:ES:TS:2006:1686	Excmo. Sr. D. Román García Varela
481/2006	Sala de lo Civil 18/05/2006	Roj: STS 3350/2006 - ECLI: ES:TS:2006:3350	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
167/2006	Sala de lo Civil 15/02/2006	Roj: STS 836/2006 - ECLI:ES:TS:2006:836	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
125/2006	Sala de lo Civil 08/02/2006	Roj: STS 363/2006 - ECLI:ES:TS:2006:363	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
1986/1999	Sala de lo Civil 21/12/2005	Roj: STS 7433/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7433	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
943/2005	Sala de lo Civil 24/11/2005	Roj: STS 7121/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7121	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
915/2005	Sala de lo Civil 17/11/2005	Roj: STS 7000/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7000	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

721/2005	Sala de lo Civil 29/09/2005	Roj: STS 5672/2005 - ECLI: ES:TS:2005:5672	Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana
511/1997	Sala de lo Civil 29/05/2003	Roj: STS 3678/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3678	Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil
1004/2002	Sala de lo Civil 25/10/2002	Roj: STS 7057/2002 - ECLI:ES:TS:2002:7057	Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez
667/2002	Sala de lo Civil 02/07/2002	Roj: STS 4911/2002 - ECLI: ES:TS:2002:4911	Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández
590/2002	Sala de lo Civil 13/06/2002	Roj: STS 4307/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4307	Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández
694/2000	Sala de lo Penal 24/04/2000	Roj: STS 3439/2000 - ECLI:ES:TS:2000:3439	Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García
3/2001	Sala de lo Civil 12/01/2001	Roj: STS 74/2001 - ECLI:ES:TS:2001:74	Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez
587/1999	Sala de lo Civil 28/06/1999	Roj: STS 4583/1999 - ECLI:ES:TS:1999:4583	Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz
462/1998	Sala de lo Civil 22/05/1998	Roj: STS 3330/1998 - ECLI:ES:TS:1998:3330	Excmo. Sr. D. Jose Almagro Nosete
511/1997	Sala de lo Civil 29/05/2003	Roj: STS 3678/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3678	Excmo. Sr. D. Alfonso Villagomez Rodil

Nota. - Elaboración propia.