

El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos (I)

Luis Corpas Pastor. Doctor en Odontología, Licenciado en Derecho, Doctorando en Derecho. Programa de Doctorado: Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Málaga.

El modelo de atención dental tradicional convive actualmente en España con otras formas de ejercicio colectivo y dependiente, sea o no a través de un seguro sanitario: cadenas de clínicas de titularidad de una aseguradora y franquicias dentales. Existe una tendencia ascendente en el número de reclamaciones judiciales por mala praxis en Odontología, especialmente contra estas últimas. Hasta ahora, los tribunales vienen considerando la Odontología como una actividad de medios, salvo que se haya comprometido un resultado. El contrato que une al dentista y al paciente suele calificarse por la doctrina como un contrato atípico, aplicando la figura de arrendamiento de servicios en el primer supuesto; o de obra, en el segundo. Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de requerimientos de información de mayor intensidad en el caso de medicina satisfactoria que en la asistencial.

El objetivo de este trabajo es poner de manifiesto la necesidad de un replanteamiento del contrato que surge de la relación entre el paciente/cliente/consumidor con el dentista y la necesaria concreción de la previsión legal sobre la aplicación de la legislación de consumo en este ámbito.

En este número ADS. EL DERECHO DE CONSUMIDORES Y SUARIOS EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y ODONTOLÓGICOS. PARTE 1. I. INTRODUCCIÓN. I.A. El modelo tradicional de atención odontológica en España. I.B. Los nuevos modelos. Franquicias y macro-clínicas dentales. I.C. Consecuencias: cambio de modelo tradicional y aumento de las reclamaciones. II. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL EN SU RELACIÓN CON EL CONSUMIDOR DE ASISTENCIA DENTAL II.A. La relación del paciente/cliente/consumidor con el dentista. II.B. Atipicidad contractual en la asistencia dental. II.B. 1. Contrato de arrendamiento de servicios y de obra.

PALABRAS CLAVE: contrato, dentista, consumidores, franquicias, seguro.

ABSTRACT. *The traditional dental care model currently coexists in Spain with other forms of collective and dependent exercise, whether or not through health insurance: chains of dental offices owned by an insurer and dental franchises. There is an upward trend in the number of legal claims for malpractice in dentistry, especially against the latter. The dental assistance contract is usually described by the doctrine as an atypical contract, applying the figure of renting services in the first case; or of work, in the second. Until now, courts have been considering dentistry as a media activity, unless a result has been compromised. In addition, jurisprudence has established a series of information requirements of greater in-*

tensity in the case of satisfactory medicine than in the case of health care. The objective of this paper is to highlight the need for a rethinking of the contract that arises from the relationship between the patient / client / consumer and the dentist and the necessary specification of the legal forecast on the application of consumer legislation in this area.

KEY WORDS: Contract - Dental - Franchises - Insurance - Consumers.

I. INTRODUCCIÓN

Como cualquier otra actividad médica, la Odontología persigue mejorar la salud del individuo, en concreto su salud bucodental, para así mejorar

la salud general de la población. 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, o 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 no sólo para los usuarios, sino para la profesión.

Paralelamente, el sector dental tradicional está siendo permeable a las estrategias comerciales de estas cadenas y no solamente los dentistas tradicionales 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 percibir el mercado dental de forma cada vez más homogénea, actuando cada vez más como consumidores, por lo que cada vez más, sus hábitos de consumo también van homogeneizándose por ejemplo en cuanto a sus 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.

I. A. El modelo tradicional de atención odontológica en España

El Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre¹ 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 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".

El panorama sanitario español comprende el sector público (Sistema Nacional de Salud), complementado mediante el sector privado. En España, los tratamientos dentales se han ofertado fundamentalmente de forma privada, debido a que la cartera de servicios del Sistema Nacional de salud excluía sistemáticamente cualquier tratamiento restaurador dental. Esta era la situación hasta el último decenio del siglo XX, cuando se comenzaron a implantar por parte de las Comunidades Autónomas una serie de programas preventivos de salud bucodental, que incluían tratamientos conservadores y que estaban dirigidos a escolares y mujeres embarazadas, como grupos diana². Por lo tanto, tradicionalmente, la asistencia dental ha

1. España. 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).

2. El panorama dental español, en cuanto a los resultados y servicios sanitarios disponibles para la población 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; 17:13-41. BRAVO PÉREZ, M., LLODRA CALVO, J.C., CORTÉS MARTINICORENA, F.J., CASALS PEIDRÓ, E., "Encuesta de salud oral de preescolares en España 2007". RCOE 2007;12:143-168. CORTÉS MARTINICORENA FJ, CERVIÑO FERRADANES, S., CASALS PEIDRÓ, E., "Servicios públicos de salud bucodental en España. Legislación y cartera de servicios en las CC.AA". Barcelona: SESPO, 2005. Disponible en: http://www.infomed.es/sespo/libro_legislacion.pdf [acceso el 15-febrero-2018].

sido prestada por el sector privado fundamentalmente.

DE LORENZO y BASCONES³ 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). 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, por la que el beneficiario de la asistencia pública dental infantil prácticamente en todas las CCAA, tiene la opción de elegir un dentista del sistema público⁴ (Centro de Salud u Hospital Público), o bien elegir un dentista privado concertado⁵; si el usuario escoge para la asistencia un dentista privado-concertado.

Este panorama ha influido en el tipo de ejercicio privado actual individual e independiente, en el que la asistencia dental ya no es tan simple como hace años: el paciente acude a un dentista de

confianza y éste le brinda toda una "pirámide asistencial", 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 nivel de responsabilidad no muy bien estudiados.

I. B. Los nuevos modelos.

Franquicias y macro-clínicas dentales

Este panorama ha cambiado en la actualidad, dando origen a nuevos modelos en la prestación de servicios sanitarios bucodentales, pero en los que el sector privado sigue siendo líder. Por una parte, el ejercicio privado dependiente es un modelo que actualmente goza de gran vigencia, de la mano de las macro-clínicas o 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 dentista, que 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.

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

3. DE LORENZO, R. y BASCONES, A. El Consentimiento informado en Odontoestomatología. Ed. Médicos S.A., Madrid 1996; 207 pág. 36.

4. Dentro de este sistema de asistencia dental infantil (PADI), en el primer caso, la responsabilidad será patrimonial de la Administración y la relación con el dentista será extracontractual.

5. En este caso, avanzamos, la relación con dicho dentista será extracontractual, si bien, en caso de demandar tanto al dentista, como al servicio público de salud, la jurisdicción sería la contencioso-administrativa, por responsabilidad patrimonial en ambos casos, o bien el paciente podría elegir entre acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa o a la civil, ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual contra el dentista 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 (ortodoncia, por ejemplo) que pudiera brindarle este último, en cuyo caso estaríamos hablando de ejercicio privado independiente.

propiedad de sociedades limitadas, incluidas grandes organizaciones, tuvieron peores experiencias de cuidado dental que otros pacientes. 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 corporativa⁶.

Paralelamente, aunque el ejercicio sea privado, la dependencia del dentista con el centro en el que se trata al paciente o cliente, hace nacer diferentes tipos de responsabilidad. Así, la relación del cliente/paciente con la clínica es contractual y la relación con el dentista es extracontractual, de igual manera que cuando el consumidor acude a la clínica dental de la mano de un seguro médico. Básicamente hay dos opciones de seguro: 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 el seguro de asistencia sanitaria, 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 de la póliza, 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 ajenos al cuadro médico y las clínicas concertadas.

En el primer caso seguro de enfermedad, la relación aseguradora-profesional y clínicas es contractual, así como la relación asegurado-profesional (dentista) es contractual y la relación asegurado-aseguradora es extracontractual. En el segundo caso seguro de asistencia sanitaria, la relación aseguradora-asegurado es contractual y extracontractual la relación asegurado-profesional (dentista) del cuadro médico.

Por otro lado, cuando el paciente/cliente/consumidor acude a un centro concertado con el servicio público de salud, se establecen diferentes relaciones entre el consumidor y el profesional y también 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 centro sanitario, y otras veces, de responsabilidad patrimonial de la administración.

I. C. Consecuencias: cambio en el modelo tradicional y aumento de las reclamaciones

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 usuarios.

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.

En la actualidad, 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 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". Este panorama ha ocasionado un cambio en el cliente/paciente

6. COWLING, T.E. et al. "Contract and ownership type of general practices and patient experience in England: multilevel analysis of a national cross-sectional survey". *Journal of the Royal Society of Medicine*; 2017; págs. 440-451.

que ahora se ha convertido en un consumidor de asistencia dental.

Por otra parte, el cambio de modelo asistencial hacia una cada vez mayor presencia de cadenas marquisitas y franquicias, ha influido en la relación con el paciente y en la calidad de los tratamientos y por ende en la exigencia de responsabilidad en el ámbito de la Odontología, además de acaparar las franquicias más del 70% de las reclamaciones de los pacientes de clínicas dentales⁷. El hecho es que las reclamaciones en las que se ve involucrada una clínica mercantilista, o cadena marquista 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.

II. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL EN SU RELACIÓN CON EL CONSUMIDOR DE ASISTENCIA DENTAL

II. A. La relación del paciente/cliente/consumidor con el dentista

La medicina es la profesión más importante de nuestra sociedad porque se trabaja con la vida, la salud y la integridad física, que son valores fundamentales de las personas. La actividad sanitaria se fundamenta en la relación entre el paciente y el médico (en sentido amplio, pues el término se extiende cognitivamente a todos los profesionales sanitarios). Esta relación es constante en la historia de la Humanidad, pero su fundamento 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

de la actividad sanadora, hacia su fundamentación más o menos religiosa o científico-técnica, posterior. 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. Se basa en cuatro principios fundamentales⁸: beneficencia (por el que la actuación del médico será beneficiosa para el paciente), no-maleficencia (primero, no hacer daño; acuñado en el humanismo como *primus non nocere*), 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).

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 y 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 legal⁹ de garantizar el contenido y alcance de dicha información.

Es precisamente este consentimiento el que da un cierto estatus contractual a la relación médico-paciente y es este consentimiento informado fuente de obligaciones para ambas partes. Obligaciones que actualmente están reguladas mediante leyes especiales, pero también por el Derecho. El consentimiento informado es un procedimiento médico formal, cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente, es de-

7. 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; págs. 187-192.

8. GRACIA, D. "Prólogo a la edición española. En: BEAUCHAMP TL, CHILDRESS JF. *Principios de Ética Biomédica*", Masson, Barcelona; 1999. Págs. IX-X. Vid. SIMÓN, P., *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid 2000. pág. 124.

9. España. 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.

cir, la obligación de respetar a los pacientes como individuos y hacer honor a sus preferencias en los cuidados médicos. 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. 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.

Un ejemplo práctico lo observamos en la STS de 17 de junio de 2015¹⁰, cuyo ponente fue D. José Antonio Seijas Quintana, la cual 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.

Esta sentencia resume la doctrina de la Sala acerca del derecho a la información en relación a los daños médicos, en el sentido de que 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. 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. Finalmente, que

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.

Por otra parte, la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica en cualquier ámbito de la medicina. Circunstancia que explica la ausencia de un "derecho a la curación" en Odontología. Por lo que la obligación del dentista es de medios generalmente, y no de resultado.

Como 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 curativa. En el caso de la medicina curativa, quien recibe la asistencia será un paciente, mientras que, en el segundo caso, nos encontraremos ante un *cliente*¹¹.

Pero en ambas situaciones estaremos ante un consumidor de bienes y servicios dentales y, por ende, pensamos, el derecho de consumidores y usuarios debe tener su lugar en esta actividad, pues cada vez más los pacientes y clientes actúan como consumidores. Así, por ejemplo, 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

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

11. Crf. 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). 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).

relativo a la prestación de unos servicios determinados, quedarían sin causa si el contrato al que financian no se perfeccionara, o se incumpliera de algún modo.

Una gran parte de los escándalos sanitarios dentales actuales en España, se centra en la situación de miles de afectados que quedan atados al pago de dicho crédito, con sus tratamientos sin terminar y pagados por adelantado. En este sentido, la Ley de Contratos de Crédito al Consumo¹² en su art. 29, contempla la unidad entre ambos contratos, el de crédito vinculado y al contrato de consumo al cual se vincula, por lo que el consumidor que contrata una financiación mediante crédito vinculado, puede perfectamente ejercitar los derechos que le correspondan no sólo frente al suministrador de bienes o servicios dentales defectuosos o incumplidos, sino también contra el prestamista. Para ello, antes debe reclamar, bien judicial o extrajudicialmente, contra el suministrador; y siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción a la que tuviera derecho, podrá resolver el contrato con el prestamista y ser liberado del pago del préstamo.

El hecho de que la obligación del dentista sea de medios 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 Texto Refundido de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)¹³, el cual 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 aplicaría únicamente a los aspectos fun-

cionales de los servicios sanitarios. Esto es, a los aspectos organizativos o de prestación de dichos servicios, pero que no cabe para fundamentar en ella una responsabilidad derivada de la actuación del dentista, o de otro personal sanitario. El acceso a esta protección lo tiene vedado en la práctica el consumidor de asistencia dental. Sin embargo, este acceso a la protección de consumidores y usuarios, actualmente vetado en la interpretación jurisdiccional sobre la ley aplicable en asuntos de responsabilidad sanitaria (y restringido prácticamente sólo para determinados aspectos de funcionamiento defectuoso y organización de los servicios médicos), paradójicamente sí lo tienen frente a los créditos vinculados que hemos descrito.

Resultaría, por tanto, paradójico que para desembarazarse del pago de un crédito al consumo vinculado a un contrato (de suministro de bienes y servicios) de asistencia dental, haya que buscar legalmente una previa ineficacia de dicho "contrato de consumo" dental al que se vincula aquél, por mor del artículo 26 de la misma ley, y que a tal contrato de asistencia odontológica le estuviera vedada su catalogación como contrato de consumo. Veremos más adelante, cómo procesalmente puede ser trascendente considerar relación de consumo la que se establece entre el perjudicado por un tratamiento dental y la clínica proveedora de los servicios a la hora determinar el foro¹⁴.

II. B. Atipicidad contractual en la asistencia dental

No existe en la actualidad una normativa específica que regule la relación contractual entre cliente/paciente y el dentista. La doctrina ha intentado llenar esta laguna sobre la naturaleza de la relación que vincula al profesional y paciente¹⁵, situándola como un contrato de mandato (artículo 1709 CC), de comisión (o mandato sin represen-

12. España. Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE núm. 151, de 25 de junio.

13. España. 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.

14. Vid nota núm. 31.

15. BLAS ORBÁN, C., Responsabilidad Profesional del Médico. Enfoque para el siglo XXI. Bosch, Barcelona 2003; págs. 41 y ss.

tación), contrato innominado atípico en virtud de la autonomía de la voluntad del 1255 CC; 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).

Existe en la práctica cierto consenso, consagrado jurisprudencialmente, 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 CC¹⁶.

Sin embargo, no es fácil mantener de forma estricta la distinción entre los contratos de obra y servicios, puesto que la realidad es muy compleja y evoluciona rápidamente. Como dice JIMÉNEZ HORWITZ¹⁷, "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", aunque la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante a tenor del DCFR¹⁸ y las perspectivas que éste apunta sobre el Derecho europeo de contratos, concretamente en la asistencia sanitaria, en la que se exige diligencia (IV.C.-8: 101) y 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 el DCFR señala el contrato de servicios médicos en la categoría de contrato de servicios, nosotros pensamos que podría encuadrarse como contrato de suministro, por lo que la tipificación contractual de la asistencia 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 de medicina asistencial y otras, satisfactiva, en la que se puede comprometer o no la consecución de un resultado; por lo que unas veces, el mismo procedimiento dental

podrá generar obligación de medios o bien, de resultado; y el mismo podrá ser considerado como un contrato de arrendamiento de servicios o bien de obra.

Si focalizamos en la naturaleza de la relación entre el dentista y el paciente/cliente/consumidor, podemos vislumbrar la complejidad tipológica del contrato que subyace a ella.

A través de un análisis fáctico y fenoménico de la 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 dentista-paciente.

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 en ocasiones formarán parte de dicho contrato pero en otras no.

II. B. 1. Contrato de arrendamiento de servicios y de obra

Como acabamos de ver, se puede afirmar que existe 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 CC¹⁹.

En este artículo, el Código Civil define el contrato de arrendamiento de obras o servicios por el que una de las partes se obliga a ejecutar o a prestar a

16. VÁZQUEZ BARROS, S., Responsabilidad civil de los médicos. Tirant lo Blanch, Valencia 2009; págs. 55 y ss.

17. JIMÉNEZ HORWITZ, M. "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)". ADC. 2012; págs. 551 y 563.

18. Marco Común Europeo de Referencia (Draft del Common Frame of Reference, por sus siglas en inglés).

19. VÁZQUEZ BARROS, S. (2009)., op.cit., pág. 55.

la otra un servicio a cambio de un precio y lo regula posteriormente en las disposiciones sobre "criados y trabajadores asalariados" de los artículos 1583 a 1587 CC. "En el contrato de servicios el contratante realiza un encargo que obliga al contratado con una obligación de hacer y no a la consecución de un resultado, que no se garantiza, salvo por acuerdo entre las partes"²⁰.

En esta obligación de hacer se debe diferenciar si la prestación es de medios o de resultados. Si se trata de una obligación de medios, el contrato se considera cumplido(o) cuando se realiza la actividad pactada, aunque el resultado no haya sido el esperado a pesar de haber aplicado correctamente las normas de la profesión correspondiente, que en la medicina es la "lex artis" [...]; en caso de producirse un daño, sólo podrá ser reconocido en sede judicial aquel que se derive de la mala ejecución de las normas correspondientes. La relación que se produce forma parte de un contrato de servicios con una obligación genérica de medios. Sin embargo, en la obligación de resultado se exige que se alcance el resultado pactado, constituyendo un contrato de obra"²¹.

Es un régimen legal que además de obsoleto²² es deficiente, por lo escaso: el artículo 1544 CC se limita a definir el contrato de servicios como una prestación remunerada de un servicio, pero no determina positivamente el régimen legal aplicable a tal negocio jurídico²³.

Como sostiene 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 obra. 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 una necesaria reforma "de calado" al respecto²⁴; por lo que la doctrina reclamaba la necesidad de su regulación positiva que comenzó a elaborar el Study Group on European a European Civil Code como "Principles of a European Law Service Contracts" (PELSC) y que el DCFR prácticamente reproduce, 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.

Sus disposiciones resultan 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 (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, el DCFR permite que "la obligación genérica de medios que tiene el prestador del tratamiento médico se transforme en una de resultado" cuando esto beneficia al cliente²⁵; lo que es compatible en nuestro Derecho por mor de la autonomía de la voluntad que tienen las partes ex artículo 1255 CC.

Aunque el DCFR señala el contrato de servicios médicos en la categoría de contrato de servicios, nosotros pensamos y así veremos más adelante,

20. REYNAL REILLO, E., *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*. Aranzadi, Pamplona 2017; pág. 83.

21. REYNAL REILLO, E. (2017). *op. cit.*, pág. 84.

22. VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*. La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid 2009; pág. 76.

23. DE BARRÓN ARNICHES, P., "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *InDret* 3/2008. [Disponible en www.indret.com. Con acceso 18 de octubre de 2017.]

24. 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 y cols. "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; págs. 351-357.

25. CRESPO MORA, M.C., "Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret* 2/2013. [Disponible en www.indret.com. Con acceso 18 de octubre de 2017.]

que podría encuadrarse como contrato de suministro, por el que el dentista se compromete a cambio de un precio a suministrar una combinación de servicios científico-técnicos, así como suministrar una serie de procedimientos y productos, incluyendo productos farmacéuticos que elaboran bajo su dirección, o no, 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 con el paciente, como veremos más adelante.

En realidad, el contrato de servicios dentales puede tener la denominación que se quiera, y la misma resultará irrelevante por cuanto lo que 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*).

Sigue en el próximo número.

