



UNIVERSIDAD
DE MALAGA

DEPARTAMENTO DE TRADUCCIÓN
E INTERPRETACIÓN

A quien corresponda:

Por la presente yo, Miriam Seghiri, directora adjunta de la *Revista crítica de Historia de las relaciones Laborales y de la Política Social*, **HAGO CONSTAR:**

El artículo “**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**”, firmado como único autor por D. **Luis Corpas Pastor**, ha sido aceptado para su publicación en el próximo número de la mencionada Revista, que se publicará en 2020.

La mencionada revista (ISSN versión electrónica: 2173-0822; ISSN versión impresa: 2386-6039), es de periodicidad anual y cumple con 33 criterios Latindex. Incorpora el sistema de referees por pares para la edición de los artículos.

No dude en contactar conmigo si precisara de más información.

Y para que surtan los efectos oportunos, lo firmo en Málaga a 9 de julio de 2020.

Atentamente,



Dra. D.^a Míriam Seghiri Domínguez

Profesora Titular de Universidad

Directora adjunta de la *Revista crítica de Historia de las relaciones Laborales y de la Política Social*

seghiri@uma.es

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.

**Artículo ACEPTADO para su publicación en la Revista crítica
de Historia de las relaciones
Laborales y de la Política Social**

Luis CORPAS PASTOR (*)

(*) Abogado. Doctor en Odontología, Licenciado en Derecho. Máster en Salud Pública General (MPH), Máster en Ciencias en Odontología (MScD), Máster en Salud Pública Oral, Máster en Odontología Forense. Especialista en Odontopediatría, Especialista en Ortodoncia. Experto en Gestión de Servicios Sanitarios Odontológicos, Experto en Salud Pública Dental, Especialista en Derecho Procesal Laboral. Doctorando en Derecho (Universidad de Málaga). PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA. doctorcorpas@gmail.com

RESUMEN

Bajo el enfoque de la Filosofía del Derecho, en este estudio pretendemos realizar una revisión jurisprudencial sobre el tratamiento que nuestros tribunales dan a las obligaciones sanitarias y muy especialmente las del dentista, que como profesional sanitario, tiene particularidades específicas; con especial énfasis en la responsabilidad que nace del incumplimiento de su deber de información. La búsqueda sistemática se ha realizado mediante a través del buscador CENDOJ, del Poder Judicial, utilizando como descriptores las palabras clave "responsabilidad sanitaria", "dentista", "deber de información", "consentimiento informado".

Como resultado, tras una breve introducción iusfilosófica, recogemos diferentes sentencias del Tribunal Supremo que vienen a dar las claves del tratamiento jurisprudencial del tema estudiado, de cara a su estudio como filosofía práctica del derecho.

Como conclusión, podemos afirmar que la obligación del dentista siempre es de medios salvo que se hubiera asegurado un resultado. La responsabilidad nace del daño, es subjetiva y los tribunales son poco permeables a la legislación de consumo en este ámbito sanitario, aplicándola únicamente a aspectos organizativos. Puede ser contractual y/o extracontractual, con base en lo dispuesto en el Libro IV de las Obligaciones y contratos del Código Civil y leyes especiales, fundamentalmente la ley de Autonomía del Paciente.

PALABRAS CLAVE:

Consentimiento informado — obligación de medios / de resultado — Responsabilidad sanitaria — Dentista — Jurisprudencia.

ABSTRACT

Under the approach of the Philosophy of Law, in this study we intend to carry out a jurisprudential review on the treatment that our courts give to health obligations and especially those of the dentist, who as a health professional, has specific characteristics; with special emphasis on the responsibility that arises from the breach of his duty to inform. The systematic search was carried out through the CENDOJ data base, of the Judicial Power, using as keywords the keywords "health responsibility", "dentist", "duty of information", "informed consent".

As a result, after an introduction, we collect different judgments of the Spanish Supreme Court that come to give the keys to the jurisprudential treatment of the subject studied, with a view to its study as a practical philosophy of law.

In conclusion, we can affirm that the obligation of the dentist is always one of means unless a result would have been insured. The responsibility arises from the damage is subjective and the courts do not usually apply the consumer legislation in this health field, applying it only to organizational aspects. It can be contractual and / or non-contractual, based on the provisions of Book IV of the Obligations and contracts of the Spanish Civil Code and special laws, such as the named «Patient Autonomy law».

KEY WORDS:

*Informed consent — means / result obligation — Health responsibility
— Dentist — Jurisprudence*

1. Introducción

Dentro de la disciplina de la Filosofía del Derecho, la Lógica Jurídica informa acerca de la producción normativa y la aplicación del Derecho. Por tanto, sobre el derecho positivo y su aplicación analizada a través de la jurisprudencia.

Cuando entra en juego una institución médico legal, como es el Consentimiento informado, debemos dirigir la atención no solo hacia la norma y su aplicación práctica, sino a la propia naturaleza de dicha institución, su "anatomía" y "fisiología" (es decir qué lo compone y cómo funciona), como explica Tarantino (2013), refiriéndose al pensamiento contrapuesto de Maurice Hauriou y Georges Renard acerca de la institución¹.

El término de Consentimiento informado es una traducción del "*Informed consent*" surgido en Estados Unidos en 1957, tras una lenta evolución de la jurisprudencia norteamericana durante más de dos siglos anteriores como han señalado diversos autores². Su configuración como institución médico-jurídica se ha producido al mismo tiempo que una progresiva secularización de la medicina, como explica REYNAL REILLO, citando obras fundamentales anglosajonas sobre deontología médica, como "*Ética Médica*" de Thomas Percival (1794), o "*Deontología o Ciencia de la Moral*" del gran Jehermy Bentham, publicada en 1834. Por una parte (dice) "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"³. En esta transformación, 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"⁴.

Es un hecho que la libertad y la democracia han alumbrado el nacimiento de esta institución a lo largo de la Historia, por lo que su llegada a España era

¹ Tarantino, M.L. " La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale: Georges Renard e Maurice Hauriou" *Eunomia*. 2, 2013, 29-62.

La autora realiza una comparación entre la concepción institucional en el pensamiento de Maurice Hauriou y Georges Renard, cuyas posiciones doctrinales se colocan en diferentes campos. Hauriou propuso su teoría en el campo sociológico, pero luego tuvo éxito en la ciencia jurídica; justo en este contexto, su pensamiento tuvo un desarrollo completo, particularmente en su ensayo *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925), en el cual se analiza la "anatomía" y la "fisiología" del concepto de institución. Pero es principalmente en el pensamiento de Renard que este concepto significa el desarrollo de las "reflexiones sociales" de Santo Tomás. De hecho, parte de la consideración de que el bien común es la continuación del bien individual y llega a la teorización de la institución como sujeto de derecho, cuyo objetivo es promover los derechos y la mejora moral de los hombres en él.

² Cfr. Petrovich (1997), Simón Lorda (2000), Collazo (2002), Tarodo (2006), Quintero Roa (2013), entre otros.

³ Reynal Reillo, Esperanza. *Consentimiento informado y Responsabilidad en el Ámbito Sanitario*. Aranzadi, Pamplona 2017; p. 23.

⁴ Tarodo Soria. S. La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. *DS* 2006; p. 229.

“cuestión de tiempo”⁵. En nuestro país, la regulación del Consentimiento informado en el ámbito sanitario viene dada por un conjunto de normas, a nivel de derecho internacional, comunitario, interno estatal y autonómico, además de normas deontológicas profesionales. Como veremos en el apartado siguiente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley de autonomía del paciente (LAP)⁶ regula la institución del Consentimiento informado con carácter de legislación básica. En su preámbulo, cita expresamente diversas normas internacionales, las cuales integra: la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre⁷, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948⁸, 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 Organización Mundial de la Salud 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 Medicina⁹ (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; ratificado por España en 1999. 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 integridad física y moral (art. 15 CE) y a la libertad de conciencia (art. 16 CE)”¹⁰.

⁵ Simón Lorda, Pablo. *El Consentimiento informado: historia, teoría y práctica*. Triacastela, Madrid 2000; p 95.

⁶ 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 de 2002). 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 modificación de la Ley de protección a la infancia y la adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio, 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 incapaces legales o 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. *Vid* capítulo 3.1.2. *Consentimiento por representación y el problema de los menores*, de este trabajo.

⁷ 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.

⁸ ONU. Declaración universal de los derechos humanos. 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).

⁹ España. 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 20 octubre 1999).

¹⁰ Sancho Gargallo, I. Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado. Working paper nº.209. 2004. [Disponible en: <http://www.indret.com>.]

En un ámbito tan delicado como es el de la salud, concretado en el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral, cualquier intervención que se realice sobre el individuo debe contar con el consentimiento del sujeto.

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 el mismo. Pero más aún, ese consentimiento debe tener unas características para que sea válido tanto en lo subjetivo, como en lo objetivo¹¹: 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 al respecto ^{12, 13}.

Evidentemente, la previa información resulta esencial a la hora de dar validez al consentimiento del paciente sobre algo que afecte a su salud¹⁴. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia consideran la información como una garantía para la efectividad de la autonomía del paciente, por lo que su ausencia supone un vicio del consentimiento por el que deviene ineficaz la autorización otorgada que aprueba el ser intervenido¹⁵. 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. 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. CE¹⁶.

Como veremos seguidamente, el deber de información previa se impone legalmente al “médico responsable” —como ya lo hiciera la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁷ (LGS), la cual reconocía el derecho del paciente

¹¹ 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 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 y consecuencias de no realizar el procedimiento en cuestión y con antelación suficiente para que reflexione quien consiente, como desarrollamos más adelante.

¹² Zambrana Moral, P. Corpas Pastor, L. Consentimiento informado en odontopediatría. Implicaciones penales. Informe dental. 1998; pp. 295-97.

¹³ 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.

¹⁴ Collazo, E. Consentimiento informado en la práctica médica. Fundamentos bioéticos y aspectos prácticos. Cir Esp 2002; p. 321.

¹⁵ Reynal Reillo, E. (2017). *Op. Cit.*, p. 65.

¹⁶ Seijas Quintana J. A. Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados? Jueces para la Democracia. 2007; pp. 15 y 16.

¹⁷ España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986).

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 médico y el paciente y la complejidad de las intervenciones y la dificultad de comprensión de las mismas que tiene un paciente no médico¹⁸.

Para el dentista, el Consentimiento informado es además una exigencia ética. Así lo demanda el Código deontológico de la profesión¹⁹. 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”²⁰.

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”²¹. Como señala SANCHO GARGALLO, 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 reconoce expresamente 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 2001; y el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01. Este último regula el Consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, 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”²².

Somos conscientes que, en la práctica diaria, el Consentimiento informado se relaciona popularmente con el 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. 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”²³.

El Consentimiento informado es una institución médico legal que tiene 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

¹⁸ Sá Lima, E. Naturaleza jurídica del Consentimiento informado a la luz de los modelos español y brasileño de protección al paciente. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017; p. 473-489. [Disponible en DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.16>. Con acceso 10 de octubre de 2017.]

¹⁹ *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.

²⁰ Basadre, P. Navas, S. Lafuente, N. et al. Consentimiento informado. Comunicación eficaz y decisión autónoma. *Rev. Rol Enf.* 2008; pp. 419-424.

²¹ Collazo, E. (2002). *Op. Cit.*, pp. 321.

²² Simón Lorda, P. (2000). *Op. Cit.*, p. 95.

²³ Herrero, A. Reyes, A. Gómez, S. Donat, E. Valores del Consentimiento informado por médicos y pacientes. *Rev. Calidad Asistencial*. 2001; p. 710.

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.

Así se resume una institución que debe integrarse dentro de los textos legales, pero también en los sanitarios, siendo por tanto una institución médico-jurídica. La norma hará de ella un precepto de obligado cumplimiento y la práctica sanitaria hará de esta institución 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 más bien del derecho fundamental a la salud e integridad física, del que no es sino una expresión fenoménica del mismo.

Por otra parte, en el ámbito médico, clásicamente se ha distinguido entre la medicina asistencial (o curativa) y la medicina 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. Tanto en la medicina satisfactiva como en la curativa, en cuanto a responsabilidad, se distinguía a su vez si dicha responsabilidad tenía como régimen jurídico contractual o bien extracontractual, con la diferencia añadida de los plazos de prescripción (antes muy diferentes, ahora no tanto, pero con relevancia evidente en cuanto a extinción de la acción). Una definición doctrinal de lo que podemos entender como responsabilidad civil²⁴ podría ser "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 contractual); o bien se debe a un comportamiento culposo o doloso del que nace la responsabilidad (extracontractual) del deudor del derecho de crédito en la obligación de reparar el daño al acreedor de tal derecho.

La responsabilidad profesional odontológica puede definirse como "la obligación que tiene el odontólogo de reparar, responder y resarcir los daños que (haya)n producido a los pacientes como consecuencia de actos u omisiones, voluntarias o involuntarias, cometidos durante el ejercicio de la odontología"²⁵.

En este ámbito de la responsabilidad civil sanitaria juega un papel extraordinario, la *Lex artis* como criterio de adecuación de imputabilidad cuando se infringe. Evidentemente, son necesarios unos requisitos para apreciar la responsabilidad: la existencia de un daño, como consecuencia de una falta profesional y la relación de causalidad entre la falta y el daño.

Entre el odontólogo y el paciente/cliente/consumidor existe una relación, no muy bien estudiada, sobre la base de un consentimiento del titular del mismo para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico. Generalmente esta relación es un contrato, ya sea verbal o escrito y comprende o no la consecución de un resultado.

El artículo 1101 CC, régimen jurídico de la responsabilidad contractual, sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en el

²⁴ Cfr. Díez-Picazo, L. Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 2003. 630 pp.

²⁵ Perea Pérez, B. (2001). "Responsabilidad profesional en Odontología". En F. Banderas (Ed.). *Lecciones de Medicina Legal*. pp. 171-189. Madrid: Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria. Facultad de Medicina (UCM). 2001.

cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. Mientras, por su parte, el artículo 1902 y siguientes configuran la llamada responsabilidad extracontractual. 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 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 mismo²⁶. Finalmente, destacar que los tribunales comienzan a ser permeables a aceptar en mayor o menor grado la responsabilidad objetiva (ampliamente desterrada en sede de responsabilidad sanitaria), al aplicar en casos de responsabilidad sanitaria ciertos aspectos de la legislación de consumo en este ámbito²⁷.

Por lo general para que se pueda apreciar la responsabilidad profesional es necesario la existencia de un daño indemnizable, una falta profesional y una relación de causalidad entre la falta y el daño, imputable al profesional. La obligación médica es siempre de medios y no puede asegurarse un resultado, salvo que se haya pactado cosa distinta claramente y de forma válida. La jurisprudencia distingue claramente entre lo que deba ser un cliente, diferenciándolo de lo que sea un paciente. Como dice SEIJAS QUINTANA, “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”²⁸.

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 (Ley de Autonomía del paciente, “LAP”, en vigor desde el 16 de mayo de 2003), no distingue bien entre paciente y cliente, pero ha supuesto un hito importante en el proceso de transformación social en España, por el que también se ha ido desplazando el eje de la actividad médica desde el principio de beneficencia que la caracterizaba tradicionalmente, hacia una

²⁶ STS de 24 de noviembre de 2005 que 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 de 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.

²⁷ Corpas Pastor, L. El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos. Revista Actualidad del Derecho Sanitario. 2018 (I): ADS Nº 262; (II) ADS Nº 263; (III) ADS Nº 264).

²⁸ 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.

primacía de la autonomía del paciente donde resurge la importancia de los derechos de los pacientes como eje de la relación asistencial. Norma aprobada con el respaldo de todos los grupos parlamentarios, que expresa el progreso ético de una comunidad, pero que requiere un esfuerzo de asimilación, formación y compromiso para que no se quede en una declaración de buenas intenciones²⁹, la cual ha sido reformada a través de diversas modificaciones. Una de las más importantes entró en vigor en 2015 sobre la autonomía del menor.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante a tenor del DCFR³⁰ 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)³¹, 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. Nosotros pensamos que se trata en realidad de un contrato de suministro de bienes y servicios (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/cliente/consumidor)³².

En este trabajo, pretendemos realizar una síntesis jurisprudencial sobre el tratamiento que nuestros tribunales dan a las obligaciones del dentista, como profesional sanitario, con especial énfasis en la responsabilidad que nace del incumplimiento de su deber de información.

2. Metodología

La metodología empleada para la realización de este trabajo, además de una somera revisión de carácter objetivo y sistemático, sobre responsabilidad en el ámbito sanitario utilizando las bases de datos bibliográficas con sede en JABEGA, ha consistido en un análisis de la jurisprudencia más relevante de los últimos años sobre este tema, mediante una búsqueda sistemática de sentencias a través del buscador CENDOJ, del Poder Judicial, utilizando como descriptores

²⁹ Delgado Marroquin, M.T. Simón Lorda, P. Sanz Pozo, B. La ley de autonomía del paciente. Aten Primaria. 2003; pp. 265-7.

³⁰ Marco Común Europeo de Referencia (*Draft del Common Frame of Reference*, por sus siglas en inglés).

³¹ 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.

³² Corpas Pastor, L. (2018). *Op. Cit.*

las palabras clave “responsabilidad sanitaria” y “dentista” y “deber de información”.

3. Régimen legal de la Institución de la institución, responsabilidad y su tratamiento jurisprudencial, en torno a una Filosofía práctica del Derecho.

Como resultado de lo anterior, identificamos el Consentimiento informado que se ha definido jurisprudencialmente como un elemento propio de dicha *Lex artis*, y presupuesto de la misma, con una mayor intensidad de la información previa (en la medicina satisfactiva/voluntaria) que en la actividad sanitaria curativa/asistencial³³.

El artículo 1101 CC, régimen jurídico de la responsabilidad contractual, sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. 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 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 2009³⁴.

Por otra parte, el art. 1902 CC establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es la clave de la responsabilidad extracontractual. El criterio de

³³ 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)*”.

³⁴ 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 “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)*”.

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 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 2005**³⁵; 10 de junio 2008).

Los profesionales sanitarios actúan sobre personas, pacientes o clientes (en la distinción certera de SEIJAS QUINTANA³⁶, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1.950, así como en la de 25 de abril de 1994, citadas en la 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”); pero las personas son entes biológicos y cada una reacciona de forma similar, pero siempre diferente. La STS 26 de julio 2006 reitera que “la naturaleza de la obligación del médico tanto si procede de contrato (de prestación de servicios, no de obra, como cirugía estética Odontología o vasectomía), como si deriva de relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios” (citando la **STS 23 de marzo de 2006**³⁷).

³⁵ Esta STS de 24 de noviembre de 2005 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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 veremos más adelante, ha mudado muy acertadamente, considerándose la Odontología como

La exposición sistemática que realiza este autor³⁸, Magistrado del Tribunal Supremo, describe los 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 necesarias³⁹.

DOMINGO MONFORTE y ESCRICHE MONZÓN⁴⁰ 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 recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 1997 (RJ 1997/8964), Ponente Sr. D. Xavier O’ Callaghan Muñoz, que se refiere a la sentencia de instancia correspondiente que resume la doctrina dictada por 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), esta 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

toda actividad médica; con obligación de medios y sólo de resultado, únicamente cuando así se configure la obligación.

³⁸ Seijas Quintana J. A. Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados? Jueces para la Democracia. 2007; pp. 15 y 16.

³⁹ 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 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.”

⁴⁰ Domingo Monforte, J. y Escriche Monzón, M.C. Medicina satisfactiva. Responsabilidad Civil Médica: Ortodoncia-Implantología Oral. Rev. Resp. Civil, Circul. y Seguro. 2005; p. 4 y ss.

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 “Acierta 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.”.

Por tanto, podemos observar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había decantado, en el pasado, 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. Suministran técnicas y productos farmacéuticos, cosméticos y 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. El resultado siempre está presente en la actividad del dentista, unas veces como obra comprometida (obligación de resultado), y casi siempre, como fin al que se encamina su actividad de suministro de servicios dentales (obligación de medios).

Por otra parte, el paciente, o el cliente dental es ahora un ser autónomo que, libre e informadamente, decide qué intervención consiente y cuál rechaza. 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 más nos acercamos a la relación paciente-dentista vista como un contrato por el cual el dentista a cambio de un precio se compromete a suministrar unos servicios al paciente, en los que intervienen otros profesionales, con o sin dependencia del dentista. 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 alumbró este panorama.

Una de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, clarifica estas disquisiciones que he intentado transmitir al lector: la **STS de 13 de abril de 2016**⁴¹ resume la doctrina del alto Tribunal en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, con cita de las SSTs de 7 de mayo 2014; de **3 de febrero 2015**⁴²,

⁴¹ Sala de lo Civil, Sección 1ª, STS, núm. 250/2016 de 13 abril (Id Cendoj: 28079110012016100239).

⁴² Cfr. STS núm. 18/2015 de 3 de febrero (Ponente D. José Antonio Seijas Quintana), que se refiere a un caso idéntico y de la que destacamos previamente el reproche por falta de información. La sentencia desestima el recurso de casación promovido por el médico contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que lo condenaba, además del daño moral, a indemnizar por el coste de las intervenciones. Recoge la doctrina general sobre la responsabilidad de medios

20 noviembre 2009; 3 marzo 2019 y 19 julio 2013, en un supuesto de medicina voluntaria (cirugía estética o plástica) que en el pasado siempre había sido considerada como contrato de obra, con garantía de resultado por antonomasia (junto con la vasectomía e incluso en unas primeras épocas, la propia Odontología). En esta sentencia se describe el caso de una señora que acude a una clínica dermatológica para someterse una intervención quirúrgica (FD 1º) con la intención de mejorar la apariencia de sus senos (mamoplastia de aumento). Tras el postoperatorio se produjo una complicación (deformidad conocida como “doble burbuja”), con el efecto contrario al perseguido. Es decir: el empeoramiento estético muy visible y notorio de la apariencia de sus senos. Ante este resultado, se propuso reintervenirla para solucionar el problema, sin que esta cirugía correctiva solucionara completamente la deformidad que había quedado como consecuencia de la primera intervención. Ante este resultado insatisfactorio demandó la clienta al médico que la operó, reclamando una indemnización por el daño ocasionado por las *“lesiones, secuelas, daños morales más el precio abonado por el incumplimiento contractual y el importe de la nueva intervención a la que ha de ser sometida para mejorar el aspecto, además del 10% de factor de corrección”*. En primera instancia se desestimó la demanda, pero formuló apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que la estimó en parte sobre la base de que la asimetría residual resultante en uno de los dos pechos era una consecuencia no deseada de una intervención de medicina satisfactiva (voluntaria) en la que se pretende un resultado como consecuencia de la existencia de un contrato de obra *“sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada”*, (citando las SSTS de 28 de junio de 1997, de 21 de marzo de 1950, de 25 de abril de 1994, así como las de 11 de febrero de 1997 y 22 de julio de 2003, 21 de 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006).

El recurso de casación se formula por interés casacional con un único motivo: *“por infracción del artículo 1101 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con los artículos 1544 y 1583 del Código Civil , sobre responsabilidad derivada de obligaciones contractuales, y oposición a la jurisprudencia de esta Sala sobre obligación de medios y de resultados, que se recoge, entre otras, en las sentencias de 22 de noviembre 2007 (RJ 2007, 8651) , 12 de marzo 2008 , 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138) , 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778) y 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5003) . La sentencia, señala, le condena a indemnizar al paciente por el mero hecho de no haber alcanzado un resultado correcto, pese a la correcta actuación por parte del médico y haber (s)i(d)o informada adecuadamente la paciente”*.

que tiene el profesional médico *“y como tal no puede garantizar un resultado concreto”*, citando las SSTS de 12 de marzo 2008 y 30 de junio 2009. En concreto, añade 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 y 19 de julio 2013)”*.

Existe una mayor exigencia de información cuando estamos ante una intervención satisfactoria⁴³, 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 2ª):

“ 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 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, salvo en situaciones excepcionales, la actividad del médico (y la del dentista) siempre es de medios y no de resultado y por lo tanto solo exigible desde la imputación objetiva cuando exista un déficit en su actuación por la falta

⁴³ 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 3º), 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)”.*

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 2005⁴⁴.

La sentencia que estamos analizando precisa que 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 que 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”*, por lo que la sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el médico y se mantiene la desestimación de la demanda que dictó el Juzgado de 1ª instancia.

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 tratamiento⁴⁵.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (**STS de 15 de febrero de 2017**⁴⁶) desestima una acción colectiva por implantación en operaciones de cirugía estética de prótesis mamarias defectuosas retiradas del mercado. La demanda se dirigió contra la empresa para la que prestaban servicios los médicos que practicaron las intervenciones quirúrgicas, y la reclamación se basada en la nulidad por incumplimiento de obligaciones informativas y deficiente Consentimiento informado pero basada en circunstancias estrictamente individuales: la única imputación significada resulta ajena a la

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), 21 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8547).

⁴⁵ MACIA MORILLO, ANDREA La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life). Tirant lo Blanch. Valencia 2005. P 151

⁴⁶ STS núm. 89/2017 de 15 febrero (RJ\2017\583). Sala 1ª Secc 1ª.

actividad médica asistencial, que es de medios y no de resultado. En cuanto a la información, la sentencia estima que la misma se proporcionó en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes, inherente a cualquier tipo de las prótesis utilizadas en el momento de contratar. La desestimación del recurso viene dada porque no se acciona contra el producto defectuoso en los términos que autoriza el RDL 1/2007, de 16 de diciembre, ni se acciona contra los verdaderos responsables (el fabricante y el distribuidor). Lo que se reclama por parte de los perjudicados (FD 2º), *“al amparo de los artículos 1101, 1098 y 1124 del CC, es una indemnización por daños y perjuicios asociados a la resolución o nulidad de un contrato que se califica en la demanda de arrendamiento de servicios con suministro de un producto, en este caso, las prótesis mamarias PIP, ligado a la doctrina del aliud pro alio y a un error en el consentimiento por déficit informativo en el consentimiento”*. Para concluir a continuación que la actividad médica asistencial *“es de medios y no de resultado, sin objetivación de la responsabilidad”*.

Vemos por tanto que, como hemos avanzado, los tribunales son reacios a aplicar la legislación de consumidores y usuarios en casos de responsabilidad médica. 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. 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”, 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. Se trata de una señora que se sometió a una intervención voluntaria (de cirugía estética de las mamas, “mamoplastia” y posteriormente de abdomen “abdominoplastia”), reclamando por un lado responsabilidad objetiva (que se desestima, como hemos visto) 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)”.

Finalmente, quisiéramos recordar que acreditada la falta de información, en ocasiones el Tribunal supremo, acreditado también un daño, pero no acreditado nexo causal entre ambos, y existiendo una “evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido”⁴⁷. AÑÓN CALVENTE sostiene finalmente que pese a la proscripción que el Tribunal Supremo realiza y a la resistencia de la Sala 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 sólo la aplica el Alto Tribunal “*en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha*”, no frente al daño imputable objetivamente a la actividad del médico, el cual tiene como imputación la culpa (ex art. 1902 CC)⁴⁸.

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 obra, con obligación de resultado, dentro de la medicina satisfactiva, hacia una posterior consideración

⁴⁷ Cfr. STS núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100028), de la que fue Ponente D. José Antonio Seijas Quintana, en la que se describe un caso en que se indemniza por pérdida de oportunidad a un paciente que tras una intervención quirúrgica realizada correctamente de acuerdo a la lex artis, pero que no hubo información adecuada sobre los riesgos de la intervención quirúrgica “*quedó afectado de una tetraplejia con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión, falta de control voluntario sobre esfínter rectal, siendo dependiente para sedestación y desplazamiento de una silla de ruedas con necesidad de ayuda para las actividades de la Vida diaria*”. Acreditado el daño, y acreditada la falta de información, se indemniza por pérdida de oportunidad como criterio de imputación (no por mala praxis, que no existió), por el retraso diagnóstico a consecuencia de la falta de información que imposibilitó con cierta probabilidad una limitación del daño, al no ser diagnosticado el alcance de la secuela, y no poderse intentar corregirla antes, imposibilitando una pronta intervención. Es de destacar, que como hemos expuesto previamente sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, la indemnización se cuantifica como un porcentaje (en este caso el 50%) de la que correspondería a la valoración del daño.

⁴⁸ 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).

como una actividad de medios, salvo que existiera un aseguramiento contractual de resultado, tal y como recogían DOMINGO MONFORTE y ESCRICHE MONZÓN⁴⁹. Como actividad médica, la Odontología demanda una obligación de medios, como afirma la **STS de 22 de mayo de 1998**⁵⁰, 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. En primera instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la Apelación a continuación y finalmente, se interpuso el 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 invigilando" o "culpa in eligendo" (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997, entre otras muchas)”.

En general, la Odontología, como la ciencia de la medicina de la cual forma parte, es una actividad médica curativa más, cuya obligación es de medios y que, en ciertos casos, se encuadra como medicina satisfactiva y sólo en casos específicos se puede tratar de una actividad que comprometa un resultado.

Es decir, la misma actuación, los mismos procedimientos, pueden ser encuadrados en medicina curativa o en medicina satisfactiva y el mismo procedimiento dental puede ser considerado en el caso concreto como un resultado comprometido o una obligación de medios, dependiendo del relato fáctico correspondiente.

Como el resto de los profesionales sanitarios, los dentistas actúan sobre personas con técnicas, productos y procedimientos mediante un contrato o no con el paciente, que les obliga o no, a un resultado. El resultado siempre está presente como fin perseguido en la actividad del dentista: sólo implicará una obligación de resultado cuando éste se haya prometido.

ANDREU TENA y cols.⁵¹, 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 Civil. Esta distinción, como hemos visto, es importante desde el punto de vista del mayor requerimiento de información que tiene el 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 1999**⁵²), cuyo Ponente fue D. Xavier O’Callaghan Muñoz, consideraba la Odontología directamente como una actividad de resultado. En su FD 2º dice. “la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear

⁴⁹ Domingo Monforte, J. y Escriche Monzón, M. C. (2005). *Op. Cit.*, pp. 4 y ss.

⁵⁰ STS núm. 462/1998, de 22 de mayo (Id Cendoj: 28079110011998102332). Ponente José Almagro Nosete.

⁵¹ Andreu Tena, E. Azparren Lucas, A. Donat Laporta, E. Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. *Rev. Esp. Med. Legal.* 2013; p. 166.p. 163.

⁵² STS núm. 587/1999, de 28 de junio (Id Cendoj: 28079110011999102388).

("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 2008**⁵³ (citada a su vez por la por la STS de **13 de abril de 2016**⁵⁴), 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 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 estima 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.

La **STS de 17 de junio de 2015**, cuyo Ponente es José Antonio Seijas Quintana⁵⁵, 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

⁵³ STS núm. 218/2008, de 12 de marzo (Id Cendoj: 28079110012008100578)

⁵⁴ Sala de lo Civil, Sección 1ª, STS, núm. 250/2016 de 13 abril (RJ 2016, 1495).

⁵⁵ STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100315).

praxis, ni daño desproporcionado⁵⁶ sin relación causal y finalmente, hubo información suficiente, como expusimos en capítulos precedentes. 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”.

Vemos, por tanto, que el Tribunal Supremo entiende 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.

La **STS de 24 de noviembre de 2016**⁵⁷, referida también a un caso de implantes dentales, pero en un paciente que había sufrido un cáncer que sufrió

⁵⁶ Cfr. STS núm. 284/2012, de 6 de junio (Id Cendoj: 28079110012014100257). Ponente José Antonio Seijas Quintana, en la que con anterioridad describía magistralmente la doctrina sobre el daño desproporcionado (con cita de la STS de 19 de julio de 2013, rec. nº 939/2011) 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. 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 causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/205; 27 de diciembre 2011, rec. nº 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivización, 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. nº 870/2003)".*

⁵⁷ 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 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).

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.

Como actividad médica, la Odontología demanda, por tanto, una obligación de medios, como afirmaba la **STS de 22 de mayo de 1998**⁵⁸, 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 D. José Manuel 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 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 vieja corriente jurisprudencial de considerar la Odontología como una actividad profesional con obligación de resultado, que en algunos momentos aterrorizó a los dentistas, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal supremo entiende que la del dentista es una obligación de medios. Por tanto, el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad sanitaria en general y de la responsabilidad profesional en odontología en particular, exige la existencia de un daño, una falta profesional y un nexo causal entre el daño y la actuación profesional que pueda imputarse al profesional. La jurisprudencia diferencia perfectamente entre la medicina satisfactiva y la asistencial, exigiendo una mayor calidad en la información en la primera. Al igual que delimita claramente quién es paciente y quién es cliente. Como dice SEIJAS QUINTANA, “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”⁵⁹.

El consentimiento informado es fundamento y parte de la lex artis, con especial intensidad en cuanto al grado de información necesario, cuanto más

⁵⁸ STS núm. 462/1998, de 22 de mayo (Id Cendoj: 28079110011998102332). Ponente José Almagro Nosete.

⁵⁹ 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.

dudoso es el resultado y sobre todo cuanto menor necesidad haya de realizar la intervención. Sólo será obligación de resultado cuando así expresamente se pacte o se desprenda del desarrollo fáctico que se exprese. Es decir, el consentimiento informado en ambos casos es presupuesto y parte integrante de la *lex artis*, por lo que su ausencia o defecto por sí solo implica una falta profesional. Por lo tanto, la concreción de un riesgo previamente no informado constituye un daño indemnizable.

Por otra parte, la actual jurisprudencia destierra una objetivización de la responsabilidad del dentista: para imputar responsabilidad al profesional sanitario debe realizarse un juicio culpabilístico, basándose principalmente en la responsabilidad subjetiva, por culpa o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, que proscribiera cualquier tipo de objetivación. Acorde a esta línea, la legislación de consumo en el ámbito sanitario se deja de lado por parte del Tribunal Supremo, olvidando que el dentista en el ejercicio privado independiente es un empresario y olvidando que el paciente no es sino un consumidor. De esta forma, desplazando la Ley y prefiriendo seguir basándose en la idea de culpa, ha desterrado la objetivización en la responsabilidad en este ámbito. Sin embargo, tímidos intentos han existido mediante la imputación de la responsabilidad sobre la base de la doctrina de la pérdida de oportunidad, y la del daño desproporcionado (*res ipsa loquitur*) para desplazar en ciertos casos sangrantes, y por razón de estricta justicia material, la prueba de la causalidad hacia una “probabilidad de culpa” en la producción de un determinado daño, para indemnizarlo en un *quantum* indemnizatorio porcentual y ciertamente inseguro. A modo resumen, y remitiéndonos a lo previamente esbozado en cuanto a la responsabilidad civil sanitaria en general, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido 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. En ambas, en cuanto a responsabilidad, se distinguía a su vez si dicha responsabilidad tenía como régimen jurídico contractual o bien extracontractual, con sus distintos regímenes jurídicos (ex 1101 CC y 1902 CC, respectivamente y plazos de prescripción diferentes).

En cuanto a la adecuación a la *Lex artis* como criterio de imputabilidad cuando se infringe, el Consentimiento informado se reconoce como un elemento más y presupuesto de la misma; con un mayor requerimiento en la intensidad de la información previa cuando se realiza medicina satisfactiva/voluntaria, que en la actividad sanitaria curativa/asistencial, como hemos dicho; por lo que la ausencia o deficiencia del Consentimiento informado (o bien un consentimiento “desinformado”), ante la producción de un daño, que concreta el defecto de información, va a generar indefectiblemente responsabilidad.

Ante la concurrencia de responsabilidad civil contractual de forma yuxtapuesta a la responsabilidad extracontractual, el perjudicado podrá ejercer acciones basándose en ambas, pero ante la existencia de contrato, tendrán preferencia las normas de responsabilidad contractual frente a las de responsabilidad extracontractual.

Insistimos de nuevo: aunque 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 culpabilístico (sólo se acoge la regulación de consumidores “en

relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”), en ocasiones, se ha suavizado el criterio cuando ante la producción de un daño desproporcionado o bien, claramente relacionado con las acciones u omisiones del profesional; pero sin poder afirmar la existencia de reacción de causalidad, admitiéndose la posibilidad de utilizar como criterio de imputación un cierto grado de incertidumbre, el cual minorará el quantum indemnizatorio en términos probabilísticos.

En relación a la Odontología, afortunadamente, hemos señalado que la jurisprudencia pasó desde una primera etapa en la que se la encuadraba como una actividad de arrendamiento de obra, 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, y actualmente el dentista, como todos los demás profesionales sanitarios, tiene obligación de realizar todas las pruebas que sean necesarias para realizar un diagnóstico, dentro de la obligación de medios que lo unen con el paciente. En general, la Odontología, como la ciencia de la medicina de la cual forma parte, es una actividad médica curativa más, cuya obligación es de medios y que, sólo en ciertos casos, se encuadra como medicina satisfactiva y sólo en casos específicos se puede tratar de una actividad que comprometa un resultado.

Como afirmamos antes, el consentimiento informado es fundamento y parte de la *lex artis*, con especial intensidad en cuanto al grado de información necesario, cuanto más dudoso es el resultado y sobre todo, cuanto menor necesidad haya de realizar la intervención. Finalmente, ni los pacientes invocan, ni los tribunales ampararán las reclamaciones por responsabilidad objetiva que como empresarios tienen los dentistas frente a los consumidores, porque en el ámbito médico-sanitario queda descartada la responsabilidad objetiva (como hemos señalado más arriba); pero nosotros pensamos que esta legislación será de aplicación a los dentistas del Siglo XXI por nuestros tribunales de justicia que tendrán que estar atentos a los cambios jurisprudenciales que en este sentido, puedan ir produciéndose.

3. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos extraer los hitos en los que reside la doctrina de nuestro Tribunal Supremo acerca de la responsabilidad sanitaria:

1. La responsabilidad del profesional del dentista (y del médico) es la de poner a disposición del paciente todos los medios a su alcance para conseguir un resultado que no puede garantizarse. Los riesgos del tratamiento son diferentes para cada paciente, puesto que existe variabilidad individual.
2. La obligación del profesional es poner a disposición del paciente los medios adecuados para conseguir el resultado deseado, con las siguientes obligaciones:
 - a. Informar al paciente de modo que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.
 - b. Llevar a cabo los tratamientos previstos para la patología de que se trate, con arreglo a *Lex artis*.
 - c. Aplicar las técnicas diagnósticas y terapéuticas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias

individuales del paciente y los riesgos propios de cada intervención.

3. Los profesionales sanitarios actúan sobre personas, con o sin patologías generales o específicas, y la intervención sanitaria está sujeta al componente aleatorio que la caracteriza. Por lo tanto, dicha intervención estará sujeta no sólo a los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de la propia intervención, sino también a las alteraciones individuales del paciente en cuestión.

4. Nuestro sistema de responsabilidad civil se basa en la culpa. La jurisprudencia huye de una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del procedimiento, sin tener en cuenta una necesaria valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la actividad probatoria de una actuación conforme 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.

6. Los Tribunales, por lo general, rechazan la aplicación de la legislación de consumo en responsabilidad sanitaria, admitiéndola únicamente en incumplimientos o falta de diligencia en cuanto a los procesos organizativos del centro sanitario; pero este rechazo actualmente va matizándose: va siendo aceptada la idea de que la asistencia dental puede ser considerada un contrato de consumo, y ello se traduce en dos aspectos muy importantes: por un lado, el foro y por otro, la consideración de una auténtica vinculación del contrato dental y del contrato de crédito vinculado a éste, por cuanto se acepta por los tribunales. En primer lugar, el foro del consumidor, el foro electivo del demandante, se acepta para ejercer las acciones tanto contractuales como extracontractuales por parte del perjudicado (paciente/cliente/consumidor), y por otra parte, en cuanto a los créditos vinculados a la financiación de los tratamientos, la propia legislación reconoce una vinculación tal entre el contrato de asistencia dental y el contrato de crédito al consumo para financiación del anterior, que incumpléndose el primero y bajo ciertas premisas, el segundo queda sin causa, pudiendo el cliente resolver el primero y extinguir el segundo, recuperando el dinero abonado de más, si ese fuera el caso.

7. La filosofía práctica del Derecho nos exige un esfuerzo intelectual para comprender el sentido y alcance de la institución del Consentimiento informado, imprescindible en la práctica del Derecho, a través de los procedimientos y el Proceso. Sin este esfuerzo intelectual, el derecho se tornaría en una mera aplicación de la ley positiva y, en muchos casos, dejaría de lado la justicia en las resoluciones de los conflictos derivados de los hechos cuyos discursos enfrentados que se dirimen en juicio.

4. Bibliografía

Andreu Tena E. Azparren Lucas A. Donat Laporta E. "Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva". Rev. Esp Med Legal. 2013; 39(4):162-167.

Corpas Pastor, L. "El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos. Revista Actualidad del Derecho Sanitario". 2018 (I): ADS Nº 262; (II) ADS Nº 263; (III) ADS Nº 264.

Delgado Marroquin M.T. Simón Lorda P. Sanz Pozo B. "La ley de autonomía del paciente". Aten Primaria 2003; 32 (5): 265-7.

Diez-Picazo, L. Gullón, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. Madrid: Tecnos, 2003, 630 pp.

Domingo Monforte, J. y Escriche Monzón, M.C. "Medicina satisfactiva. Responsabilidad Civil Médica: Ortodoncia-Implantología Oral". Rev. Resp Civil, Circul y Seguro; 2005(5):4-19.

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): 551-584.

Macía Morillo, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, 630 pp.

Perea Pérez, B. "Responsabilidad profesional en Odontología", en F. Banderas (Ed.). *Lecciones de Medicina Legal* (pp. 171-189). Madrid: Dep. Toxicología y Legislación Sanitaria. Facultad de Medicina (UCM). 2001.

Sancho Gargallo, I. "Tratamiento legal y jurisprudencial del Consentimiento informado". Working paper nº.209. Indret, 2004. [En línea <http://www.indret.com>.].

Seijas Quintana, J.A. "Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios, obligación de resultados?" Jueces para la Democracia. 2007; 59:8-16.

Seijas Quintana, J.A. "Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados? " Rev. Aso Esp Abogados Esp R Civil y Seguro. 2009; 29:9-22.

Tarantino, M.L. " La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale: Georges Renard e Maurice Hauriou" Eunomia. 2, 2013, 29-62.