

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN EN ODONTOLOGÍA CURATIVA Y ESTÉTICA

### THE LEGAL NATURE OF THE OBLIGATION IN CURATIVE AND AESTHETIC DENTISTRY

VANESA ARBESÚ GONZÁLEZ, Abogada en *Jacobo Vázquez* Abogados.  
Doctoranda en Derecho

Departamento Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UNED\*

**Resumen:** La naturaleza de la obligación del médico ha sido calificada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia como de medios, es decir, aquella que se integra por la correcta actuación del profesional, y no por un resultado concreto. Sin embargo, la irrupción de la denominada medicina voluntaria, como aquella, que frente a la curativa, no tiene una finalidad terapéutica, ha modificado totalmente este planteamiento tradicional, en favor de que, en estos casos, el médico tiene una obligación de resultado, entre cuyas especialidades se encuentra la odontología, que comporta una dificultad mayor en la calificación de la obligación al concurrir en algunos de sus tratamientos, ambos fines, curativos y estéticos. En el presente estudio, se analiza la fundamentación jurídica sobre la que descansan estos planteamientos, y se rebaten con el análisis de la distinción entre ambos tipos de obligaciones y con los fallos contradictorios dictados por nuestros tribunales sobre el particular.

---

\* El presente estudio se ha elaborado en el marco de la tesis doctoral titulada «La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética», elaborada bajo la dirección de Dña. Juana Ruiz Jiménez, Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNED.

**Palabras clave:** obligación, odontólogo, medicina curativa, medicina estética

**Abstract:** The nature of the obligation of the physician has been rated unanimously by the doctrine and the jurisprudence as media, i.e. that which is integrated by the correct professional activity, and not a concrete result. However, the emergence of so-called medicine voluntary, such, that front the healing, does not have a therapeutic purpose, has completely changed this traditional approach, in favor of that, in these cases, the physician has an obligation of result, among whose specialities, is dentistry, which involves one major qualification required difficulty, to attend some of their treatments, both purposes, curative and aesthetic. This study analyzes the foundation legal on which they rest these approaches, and dispute with the analysis of the distinction between the two types of obligations and with contradictory decisions dictated by our courts on the issue.

**Key words:** obligation, dentist, curative medicine, aesthetic medicine.

Recepción original: 09/03/2015

Aceptación original: 31/03/2015

**Sumario:** I. Planteamiento inicial. II. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado. II.-A. Relevancia jurídica de la distinción con especial referencia al ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria. II.-A.1. El contenido de la prueba. La diligencia del médico conforme a la *Lex artis ad hoc*. El caso fortuito y la fuerza mayor. II.-A.2 La carga de la prueba. Las teorías de la facilidad y disponibilidad probatoria y del resultado o daño desproporcionado. II.-B. Parámetros distintivos entre ambos tipos de obligaciones aplicados al ámbito de la actividad médica. II.-B.1. La autonomía de la voluntad. II.-B.2. La distinción entre medicina curativa o necesaria y voluntaria o satisfactiva. II.-B.3. El elemento aleatorio. II.-B.4. Las especialidades médicas. III. La naturaleza de la obligación de resultado a través de la información previa al consentimiento en medicina voluntaria. III.-A. La superior importancia de la información previa al consentimiento en medicina voluntaria. La distribución del riesgo. III.-B. La integración del mensaje publicitario en el contrato. III.-C. La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Parámetros distintivos en medicina voluntaria. IV. La calificación de la naturaleza de la obligación del odontólogo por la doctrina y la jurisprudencia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Tradicionalmente, se ha considerado que la naturaleza jurídica de la obligación del médico es de medios, por cuanto el mismo, únicamente puede estar comprometido a ejecutar el acto profesional de conformidad con la *lex artis ad hoc*, es decir, conforme a las normas técnicas de su profesión teniendo en cuenta las circunstancias del momento, de las personas y del lugar, no encontrándose obligado a obtener la curación del paciente, dado el componente aleatorio presente en relación con la propia naturaleza mortal del ser humano, cuya imprevisibilidad impide asegurar soluciones en la ciencia médica. Sin embargo, este planteamiento ha sufrido un giro radical ante las denominadas intervenciones voluntarias, no curativas o innecesarias terapéuticamente, que tienen por finalidad, bien la modificación del aspecto estético o la supresión de la capacidad reproductora, respecto de las que se ha considerado que el médico asume una obligación de resultado, y no de medios. Dentro de este tipo de intervenciones en las que el médico responde por la consecución de un resultado, se han encasillado las actuaciones médicas de la cirugía estética, de la vasectomía y la ligadura de trompas y de la odontología y, secundariamente, de algunos aspectos de la ginecología, análisis clínicos y la oftalmología.

La trascendencia de la calificación de la obligación como de medios o de resultado, que determina el contenido de la prestación, se revela sobre la determinación de un incumplimiento contractual y consiguiente declaración de responsabilidad. Ya que en la obligación de medios, la responsabilidad se determinará con la prueba de la existencia de culpa en el actuar profesional del médico, es decir, que el mismo no actuó de conformidad con la *lex artis ad hoc*, mientras que en la obligación de resultado, la responsabilidad se determinará con la ausencia de dicho resultado, independientemente del cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

Centrándonos en la especialidad sobre la que versa el presente estudio, la odontología, el primer aspecto que hay que destacar es la doble vertiente que comparte en algunos supuestos, como medicina voluntaria y curativa, que presenta mayores dificultades en su identificación en cada actuación médica concreta que el resto de las anteriores especialidades citadas, de ahí, la divergencia de criterios jurisprudenciales existentes sobre la responsabilidad civil en este ámbito. En consecuencia, para fundamentar jurídicamente la naturaleza de la obligación que asume el odontólogo, es preciso analizar el concepto y fundamento de las obligaciones de medios y de resultado, así como

conocer que elementos permiten la calificación de una obligación como de uno u otro tipo en el ámbito de la profesión médica.

Al análisis de la naturaleza de la obligación, le sigue el de la contractualidad de la relación entre médico y paciente. Ya que, si para las obligaciones de medios se ha venido atribuyendo un contrato de arrendamiento de servicios, para las obligaciones de resultado, lo ha sido de arrendamiento de obra, que implica correlativamente y en principio, la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad basado en la culpa, o bien la aplicación de un régimen objetivo basado en el resultado, independientemente de la culpa.

Cabe adelantar, que en el presente trabajo se rebaten los planteamientos expuestos, y que han sido los defendidos mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia. En cuanto ésta última, hasta hace relativamente poco tiempo, en que ha modificado su criterio a favor de la indistinción entre obligaciones de medios y de resultados en el ámbito de la actividad médica. Pues con base principalmente en el análisis de las obligaciones de medios y de resultado, y su aplicación al ámbito de la odontología, concluimos con la existencia de una obligación global de medios, tanto si la actuación médica tiene un carácter voluntario como curativo, compuesta por obligaciones parciales de resultado, haciendo especial hincapié en la obligación del médico de información asistencial previa al consentimiento del paciente, que es de resultado, y que puede convertir la obligación general de medios, también en una de resultado, mediante la asunción de los riesgos inherentes a la intervención que no hayan sido previamente informados.

## II. LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado atiende a la conducta prometida por el deudor, es decir, determina el contenido de la prestación, según que el objeto de la misma consista en desarrollar una actividad o en obtener un determinado resultado. Por ello, se trata de la clasificación de las obligaciones más relevante y más estudiada por la doctrina de cara a la determinación de una responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario.

Nos encontramos ante unas obligaciones de hacer, según la distinción del artículo 1088 CC, cuando afirma que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer, ya que la obligación puede venir requerida

como el desempeño de la actividad en sí misma considerada o bien como el desempeño de la actividad dirigida a la obtención de un resultado concreto. Si bien, esta distinción no se encuentra expresamente definida en nuestro derecho positivo. Su origen, doctrinal, ha sido atribuido a DEMOGUE<sup>1</sup>, sin desprestigiar ciertos antecedentes del derecho romano, como por ejemplo los derivados de la distinción entre la *locatio conductio operis*, arrendamiento de servicios y *locatio conductio operarum*, arrendamiento de obra, que se correspondía con una obligación de medios o de resultado, respectivamente, o la disposición contenida en el Digesto que exime de responsabilidad al médico por el evento de la muerte, pero no de lo cometido por impericia<sup>2</sup>. Sin embargo, fue DEMOGUE, quien dotó de relevancia jurídica a la distinción a los efectos de la configuración de la responsabilidad contractual en torno al problema de la carga de la prueba del incumplimiento<sup>3</sup>, estableciendo una analogía entre los delitos formales y los materiales, es decir, los que se caracterizan por el empleo de los medios que ordinariamente conducen a producir un resultado, de los que se caracterizan por el resultado mismo, y aplicándola a una serie de ejemplos habituales del tráfico jurídico, cuyas obligaciones se encuadran en una u otra naturaleza.

Las posiciones doctrinales sobre la distinción no han sido pacíficas; de un lado, para algunos autores<sup>4</sup>, no cabe la misma, pues en

<sup>1</sup> Vid., entre otros: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 17, FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris, 1965, p. 11, LARROUMET, C., *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*. Tomo I, 5.º ed., LGDJ, Paris, 2003, p. 43, MAZEAU, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. I, (Traducción de la 5.ª edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 54, OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., «El tema fundamental de las obligaciones de medios y resultados frente a la responsabilidad civil», en [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com), p. 1 y PASQUAL ESTEVILL, L., *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Tomo I, Parte General, Bosch, Barcelona, 1989, p. 56.

<sup>2</sup> Digesto 1,18,6,7, GARCÍA DEL CORRAL, L., *Cuerpo de derecho civil romano*, Lex Nova, Barcelona, 1889.

<sup>3</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général. Sources des obligations*. Tomo V, Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 538 a 545.

<sup>4</sup> Vid., ALTERINI, J. H., «Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento», en *Temas de derecho civil*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1980, pp. 703 y 704, ESMEIN, P., «Obligations», en PLANIOL, M. y RIBERT, G., (Coord.), *Traité pratique de droit civile français*, Tomo VI, LGDJ, Paris, 1952, MARTON, M. G., «Obligation de resultat y obligation de moyens», en *Revue trimestrelle de droit civile*, Paris, 1935, pp. 499 y ss., MARTY, G., RAYNAUD, P., y JESTAZ, P., *Les obligations*, Tomo II, 2.ª ed., Sirey, Paris, 1989, pp. 371 y ss., OSTERLING PARODI, F., y CASTILLO FREYRE, M., *cit.*, pp. 8 a 22, y WAYAR E. C., *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 128 a 130.

definitiva, todas las obligaciones son de medios y de resultado al mismo tiempo, incluso llegando a afirmar la ausencia de objeto en aquellas obligaciones que carezcan de resultado, en el sentido en que nunca se puede prescindir del resultado de una obligación, por lo que toda obligación comporta un resultado a obtener y los medios propuestos para procurarlo.

Una segunda posición doctrinal aboga por la ampliación de la clasificación en un tercer tipo que englobaría un término medio entre las obligaciones de medios y las de resultado; las obligaciones de medios acentuadas<sup>5</sup> u obligaciones de medios con carga probatoria invertida<sup>6</sup>, en cuya virtud, si bien la obligación contraída por el deudor es calificable como de resultado, la prueba de su obrar con la diligencia debida en la ejecución de la prestación, aún no habiendo conseguido dicho resultado, le eximiría de responsabilidad. En esta línea, la doctrina argentina<sup>7</sup>, subclasifica las obligaciones de medios en ordinarias o de régimen normal, y atenuadas y agravadas. En el primer supuesto, el deudor se exime de responsabilidad si acredita que la falta del resultado prometido se debe a la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor; en el segundo supuesto, se exime si acredita que actuó con diligencia, y en el último supuesto, respondería en todo caso, aún aconteciendo caso fortuito o fuerza mayor.

La doctrina mayoritaria se posiciona a favor de la bipartición entre obligaciones de medios y de resultados. Para HERNÁNDEZ GIL, mientras que en la obligación de medios, la prestación se nutre únicamente del comportamiento del deudor, siendo indiferente la obtención de un resultado, en la obligación de resultado, el fin forma parte de la prestación<sup>8</sup>. CABANILLAS, explica la distinción desde el punto de vista de la aleatoriedad del resultado que impide la promesa del mismo, así, cuando la obligación es de medios, o de actividad, como la denomina, el deudor está obligado a desarrollar, a favor del acreedor, una determinada conducta encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor, aunque debido al carácter aleatorio o incierto del resultado, el deudor no garantiza su obtención y cumple con su obligación si actúa con la diligencia debida. En cambio, si la obligación es de resultado, el deudor garantiza la obtención del resultado

<sup>5</sup> Vid., VINEY, G., *La responsabilité: conditions*, LGDJ, Paris, 1982, p. 639.

<sup>6</sup> Vid., PICASSO, S., «Las obligaciones de medios con carga invertida», en *JA*, II, 1996, p. 716 y ss.

<sup>7</sup> Vid., ALTERINI, J. H., AMELA, O. J., y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de obligaciones*, 5.<sup>a</sup> ed., Lex Nexis, Buenos Aires, 1995, pp. 498 a 502.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983, p. 73.

que constituye el interés primario del acreedor<sup>9</sup>. Otra perspectiva para la explicación de la distinción, es la relativa a la asunción del riesgo: en las obligaciones de medios el resultado no puede prometerse, y ambos tipos de obligaciones se diferencian en la distribución del riesgo entre el deudor y el acreedor; por la falta de obtención del resultado, mientras que en las primeras, el riesgo es asumido por el acreedor, en las segundas, es asumido por el deudor.

En definitiva, la posición doctrinal mayoritaria<sup>10</sup>, dentro de la que nos encontramos, considera que en cada tipo de obligación el objeto de la prestación es distinto, es decir, el deudor asume un compromiso distinto y, en consecuencia, la determinación del incumplimiento se efectuará de acuerdo a dicho compromiso del deudor. La distinción permite fijar el criterio sobre la exactitud del cumplimiento; en las obligaciones de medios, de acuerdo con el cumplimiento diligente de la obligación, y en las obligaciones de resultado, de acuerdo con la obtención del mismo. Sin embargo, ello no implica el rechazo de aceptar la íntima conexión de la diligencia con el resultado en ambos tipos de obligaciones, es decir, de tener en cuenta, a los efectos de comprender el sentido de la prestación en determinadas obligaciones, como las derivadas de las intervenciones médicas no curativas, el resultado en la obligación de medios y los medios en la obligación de resultado.

## **II.A. Relevancia jurídica de la distinción con especial referencia al ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria**

La relevancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, radica en los efectos jurídicos que la misma genera, y que la doctrina ha centrado en la prueba del incumplimiento de la obligación, bien desde el punto de vista de la carga de la prueba, o desde el punto de vista de su contenido. Es decir, la discusión doctrinal versa sobre si la utilidad de la distinción se encuentra en la diversa distribución de la carga de la prueba del incumplimiento o bien en el diverso contenido de dicha prueba.

<sup>9</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A. *cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>10</sup> *Vid.*, entre otros, además de los autores ya citados en esta línea de opinión: BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado ¿tiene relevancia jurídica la distinción?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 50 a 74, [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt), DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1996, pp. 140 y ss., JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 463, y MENGONI, L., «Obligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», en *Revista del Diritto Commerciale*, Roma, 1954, p. 208.

II.A.1. El contenido de la prueba. La diligencia del médico conforme a la *Lex artis ad hoc*. El caso fortuito y la fuerza mayor

Comenzando por la cuestión relativa al contenido de la prueba, para poder determinar éste, ha de partirse de lo que puede serle exigido al deudor, ya que una responsabilidad contractual únicamente opera ante un incumplimiento del contrato, que se materializa, en las obligaciones de medios, cuando no se ha actuado con la debida diligencia, y en las obligaciones de resultado, cuando no se ha obtenido el resultado, independientemente de haber obrado de forma diligente.

En consecuencia, determinando la exactitud del cumplimiento, en una obligación de medios, la no consecución del resultado, si el deudor ha obrado con la diligencia debida, no constituirá incumplimiento, y por tanto, no genera responsabilidad. Esta actuación diligente se corresponde con lo preceptuado en el artículo 1104 CC, según el cual, «*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia*». Que en el ámbito de la profesión médica se materializa en la *lex artis ad hoc*, definida por MARTÍNEZ- CALCERRADA, como: «*El criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto ejecutado*»<sup>11</sup>.

Por lo tanto, el cumplimiento de la obligación médica de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, implica el deber de seguimiento por el médico de un conjunto de reglas estándares aceptadas y aplicadas por el conjunto de la comunidad científica –la *lex*–, adecuadas a las particularidades influyentes en cada caso concreto, que se identifica con los vocablos *ad hoc*. La *lex artis* se integra por una serie de deberes médicos,

<sup>11</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., «Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1986, p. 1700.



como por ejemplo, el deber de informar al paciente de forma previa a una intervención, deber regulado específicamente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002)<sup>12</sup>, sobre el que se volverá más ampliamente en un epígrafe posterior; el deber de secreto médico; de seguimiento de la evolución del paciente tras la intervención; o el deber de conocimientos de acuerdo al estado de la ciencia, y su actualización. La STS, Sala 1.ª, de 25 de abril de 1994<sup>13</sup>, de especial relevancia en el tema objeto de este estudio, por cuanto se trata de la primera resolución del TS que distingue entre medicina curativa y voluntaria al efecto de la calificación de la naturaleza jurídica de la obligación del médico, como de medios o de resultado, respectivamente, establece que el cumplimiento de la obligación del médico conforme a la *lex artis ad hoc*, comprende:

*«a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento de manera que la actuación del médico se rija por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o a la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo.*

*b) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si este es quirúrgico, que pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar en el que se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacer constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado;*

*c) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le pueda comportar, y*

<sup>12</sup> BOE núm. 274, de 15 de noviembre.

<sup>13</sup> RJA 1994/3073. Ponente: Albácar López

*d) En los supuestos –no infrecuentes– de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recesivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia»*

Como se deduce, el conjunto de reglas a las que debe atenerse la actuación del profesional médico para poder considerar que cumple con su obligación diligentemente, serán reglas técnicas, consensuadas por la ciencia médica, lo que denominamos protocolos o guías de actuación, que han sido definidos como: «*El método científico con alta rentabilidad asistencial, docente e investigadora que fija por escrito la conducta diagnóstica y terapéutica, aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas*»<sup>14</sup>. Es decir, los protocolos, a pesar de constituir un respaldo jurídico del médico por la mayor seguridad que le proporciona sobre el procedimiento de diagnóstico y terapéutico más correcto, no son vinculantes, su naturaleza es la de recomendación u orientación, lo que habrá de tenerse en cuenta en determinados litigios por responsabilidad civil del médico.

Tras lo expuesto, cabe sintetizar que en las obligaciones médicas de medios, el paciente deberá acreditar que el médico no actuó de conformidad con la *lex artis ad hoc*, es decir, deberá acreditar la concurrencia de un actuar culposo del médico determinante de responsabilidad, mientras que ante una obligación de resultado, el contenido de la prueba del paciente versará sobre la ausencia del resultado. Por su parte, y siguiendo el régimen contenido en el artículo 217 LEC<sup>15</sup>, según el cual, incumbe la prueba de la obligación a quien reclame su incumplimiento.

<sup>14</sup> Vid., HINOJAL FONSECA, R. y GALÁN CORTÉS, J. C., «Los protocolos médicos», en *Revista Salud Rural, RGD*, núm. 622-623, 1996, pp. 8171-8182.

<sup>15</sup> Art. 217 LEC:

«1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconviniente la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por ra-

to, y la de su extinción al que la opone, el médico podrá probar la concurrencia de aquellas circunstancias, constitutivas de fuerza mayor o de caso fortuito (artículo 1105 CC<sup>16</sup>) que le hubieren impedido el cumplimiento de la obligación, según el tenor de la misma.

A los efectos de defender la tesis que propugna la utilidad de la distinción desde el punto de vista del diverso contenido de la prueba, seguimos a CABANILLAS, que pone en relación el contenido de los artículos 1182<sup>17</sup> y 1183 CC<sup>18</sup>, con lo establecido en el 1101 CC, por el que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas. El artículo por lo tanto, contempla varios criterios de imputación de responsabilidad, por un lado los fundados en la culpa, como el dolo, la negligencia o la morosidad, y por otro lado, los basados en la contravención de la obligación de cualquier modo, como la presunción de imputación de responsabilidad, según se ha repartido el riesgo (art. 1183 CC) o según criterios objetivos de atribución de dicho riesgo, como permite el artículo 1105 CC. Extremos que ha de probar el acreedor insatisfecho, correspondiéndole al deudor la prueba que le libere de la obligación. Por lo tanto, el artículo 1101 CC, fundamenta la obligación de indemnizar los daños y perjuicios no sólo en la culpa del deudor, sino también en la atribución del riesgo, así, ante una prestación de medios, el acreedor deberá probar la contravención del tenor de la obligación, que consiste en la prueba de la negligencia del deudor en

---

*zón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*

*A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.*

*6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.*

*7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.»*

<sup>16</sup> Art. 1105 CC: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.»

<sup>17</sup> Art. 1182 CC: «Quedaré extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora»

<sup>18</sup> Art. 1183 CC: «Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096 CC».

la actividad que constituye la prestación, y ante una obligación de resultado, la contravención del tenor de la obligación, será la falta de obtención del resultado prometido, cuyo contenido probatorio le corresponde al acreedor.

## II.A.2. La carga de la prueba. Las teorías de la facilidad y disponibilidad probatoria y del resultado o daño desproporcionado

Un sector doctrinal<sup>19</sup>, considera que la utilidad de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se encuentra en la diversa distribución de la carga de la prueba del incumplimiento. Ya que, mientras que en las obligaciones de medios se presume que el deudor ha obrado con la diligencia exigible, correspondiendo al acreedor la prueba de la negligencia constitutiva de responsabilidad, en las obligaciones de resultado, se presume el incumplimiento del deudor ante la ausencia del resultado prometido, debiendo probar éste las circunstancias liberatorias de responsabilidad, como el caso fortuito o la fuerza mayor.

Para LUNA YERGA, se trata de una discusión estéril, pues el efecto práctico al que se llega en ambos casos es el mismo; por un lado, el deudor debe demostrar las causas que le eximen de responsabilidad, siendo en las obligaciones de medios, su propia diligencia, y en las de resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor; ello, independientemente de que se sostenga que en las obligaciones de resultado se presume la culpa o se invierta la carga de la prueba<sup>20</sup>.

Tras estas consideraciones, cabe añadir que hay que distinguir entre la utilidad de la distinción a efectos probatorios, y las teorías de la facilidad y disponibilidad probatoria de especial aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, y que merecen ser citadas en el presente epígrafe. Si bien es de aplicación general la norma en cuya virtud el demandante tiene la carga de probar el incumplimiento que constituye su pretensión resarcitoria, y el demandando la de probar aquellas circunstancias que le eximan de

<sup>19</sup> *Vid.*, MAZEAUD, L., Y TUNC, A., *cit.*, p. 129. A los que le han seguido en nuestro ámbito, entre otros: BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *cit.*, p. 63 y ss., GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 91, y LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 229 y 230.

<sup>20</sup> LUNA YERGA, A., «Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria», en *Indret*, núm. 165, Barcelona, 2003, p. 16.

responsabilidad, en materia de responsabilidad médica, dada la dificultad que supone para el paciente la carga de la prueba del incumplimiento de la *lex artis ad hoc* por el médico, debido a la ausencia de conocimientos técnicos en la materia, y a la falta de disponibilidad sobre los principales medios de prueba, en manos del médico, como es el historial clínico, la jurisprudencia venía aplicando las doctrinas de la facilidad y disponibilidad probatoria que actualmente se encuentran incorporadas en nuestro derecho procesal (art. 217 LEC), y que facilita el acceso a la prueba que está en posesión de una de las partes del proceso, además de incorporar de forma expresa las dos funciones de la carga de la prueba: la función de regla de juicio, que salvaguarda el principio de seguridad jurídica al evitar un pronunciamiento arbitrario del Juzgador ante un supuesto de incerteza probatoria, y la función de distribución de los hechos a probar, que establece a quién debe perjudicar la falta de prueba de un hecho. Lo que a efectos prácticos, implica una inversión de la carga de la prueba, puesto que el médico que debiendo aportar al proceso el historial clínico por disponer de dicha prueba a un menor coste, no lo aporta, sufrirá la consecuencia negativa contraria al mismo, de constituir una prueba de presunción de la veracidad de los hechos alegados por el demandante, es decir, de haber actuado culposamente.

En relación con este último aspecto, se desarrolla la teoría del resultado o daño desproporcionado, según la cual, ante la causación de un daño anormal, terapéuticamente incompatible con la intervención técnica de que se trate de acuerdo con las reglas de la experiencia, opera una presunción de culpa del médico, quedando éste obligado a acreditar que el daño sufrido por el paciente no guarda nexo causal con su actuación, así como la causa del mismo, puesto que se entiende que de no ser por una actuación negligente suya, no hubiera tenido lugar semejante daño. Teoría equiparable a la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) o la culpa virtual del derecho francés. Se trata, siguiendo a GALÁN CORTÉS<sup>21</sup>, de una regla de prueba de presunciones que puede reconducirse a una aplicación correcta del artículo 217.6 LEC, para evitar la indefensión del perjudicado por tratarse de una prueba diabólica, es decir, es una regla de prueba de presunciones, según la norma procesal aplicable, adaptada al ámbito de la responsabilidad médica.

<sup>21</sup> GALÁN CORTÉS, J. C., «La responsabilidad civil médico-sanitaria», en SEIJAS QUINTANA, J. A. (Coord.), *La responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepin, Madrid, 2007, p. 305.

## II.B. Parámetros distintivos entre ambos tipos de obligaciones aplicados al ámbito de la actividad médica

Para concretar la naturaleza de la obligación del odontólogo, resulta imprescindible abordar con detenimiento los parámetros distintivos entre las obligaciones de medios y de resultado, no limitándonos exclusivamente a identificar el binomio obligación de medios-medicina curativa y obligación de resultado-medicina voluntaria, pues éste no refleja fielmente los diversos elementos de los que puede participar una determinada obligación médica, como se explica a continuación.

### II.B.1. La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad de las partes contratantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1255 CC<sup>22</sup>, es la primera característica que descarta el resto de criterios, ya que las partes, con los límites que dispone la ley, pueden concertar libremente las condiciones de la obligación. En lo que al ámbito de la prestación de servicios médicos se refiere, hay que tener en consideración diversos aspectos concurrentes:

— En primer lugar, el carácter aleatorio del resultado de una intervención médica, que será analizado de forma independiente, y que supone la incertidumbre en el resultado de la intervención debido a la propia naturaleza imprevisible de las reacciones del cuerpo humano. Lo que implica que el médico que asume el resultado de una intervención, asume los riesgos inherentes a la misma, y no dependientes de su actuación conforme a la *lex artis ad hoc*, que nos sitúa en la figura de la promesa del hecho incierto, cuyos efectos consisten, como decimos, en la asunción del riesgo del fracaso de forma absoluta, es decir, sin poder alegar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor como causas eximentes de la responsabilidad, ya que la previsión legal del artículo 1105 CC prevé que la propia obligación declare la responsabilidad aún acaeciendo aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueren inevitables. Y ello es así, puesto que en caso contrario, no tendría sentido la promesa de un resultado, siendo precisamente los riesgos inherentes a la intervención, los principales motivos constitutivos de caso fortuito en el ámbito médico-sanitario, pasando a convertirse, si en tales casos pudiera eximirse de responsabilidad el médico, en una obligación de medios.

---

<sup>22</sup> Art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.»

— En segundo lugar, se encuentra la promesa de un resultado incierto por parte del médico, que tiene los conocimientos técnicos al respecto, y por tanto, es sobre quien pesa la obligación de información precontractual, lo que derivamos a la obligación de información asistencial regulada en la Ley 41/2002, que produce los efectos de la asunción de dichos riesgos, independientemente de haber aplicado correctamente las técnicas de la concreta intervención. Esta casuística se advierte claramente en aquellos casos en los que, a través de la publicidad de los centros sanitarios, se aseguran resultados satisfactorios, teniendo presente el principio de integración del mensaje publicitario en el contrato del artículo 61 del RDL 1/2007<sup>23</sup>.

— En último lugar, se encuentra el carácter curativo o voluntario de la intervención, que por su trascendencia en el ámbito de la especialidad a que se refiere este estudio, analizaremos en el apartado siguiente, teniendo presente la relación con la autonomía de la voluntad.

## II.B.2. La distinción entre medicina curativa o necesaria y voluntaria o satisfactiva

Como decimos, mientras que en la medicina curativa, necesaria o asistencial, se actúa sobre una determinada patología, en la medicina voluntaria, satisfactiva o innecesaria terapéuticamente, se ejerce a petición del interesado con una finalidad distinta a la curación, bien sea estética o de supresión de la capacidad reproductora. Dado que en esta última, el cliente tiene una capacidad de opción total, al carecer de la necesidad curativa, la necesidad informativa, sobre todo en cuanto a los riesgos que asume y las posibilidades de no obtener el resultado, es superior, con lo que, siguiendo a SEIJAS QUINTANA, la víctima precisa de una protección más efectiva, que ha supuesto una atenuación de la exigencia del elemento subjetivo de la culpa a través, principalmente,

---

<sup>23</sup> Art. 61 RDL 1/2007: «1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad o a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación.

2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicios, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato.

3. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.»

de la intensificación del deber de información y de la inversión de la carga de la prueba<sup>24</sup>.

Sin embargo, los límites entre la medicina curativa y la voluntaria, no están tan claros si tomamos en consideración el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), según el cual, «*la salud es el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de dolencias o enfermedades*». De esta forma, habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto para valorar si una determinada intervención puede encuadrarse como medicina curativa o voluntaria, o es susceptible de cumplir cumulativamente con ambas funciones, donde entra el elemento subjetivo de la intención del paciente-cliente sobre la finalidad de la intervención, cuestión de enorme trascendencia en el ámbito de la odontología, pues como se verá, los tribunales acuden a la valoración pericial técnica para determinar este extremo, ante la dificultad que implica decidir esta cuestión con base únicamente en la motivación del usuario del servicio médico.

En todo caso, y en relación al epígrafe siguiente, hay que recalcar que tanto las actuaciones médicas de tipo curativo como las de tipo voluntario, participan del elemento aleatorio.

### II.B.3. El elemento aleatorio

En nuestra opinión, la aleatoriedad presente en la mayoría de las actuaciones médicas es fundamental para discernir la naturaleza de la concreta obligación del médico. Pues ésta, ha sido tradicionalmente calificada como de medios precisamente por dicho componente aleatorio, ajeno a su correcto actuar, lo que le impide la promesa de un resultado. En contraposición, aquellos actos médicos que carezcan de componente aleatorio alguno, podrán ser calificados como de resultado, donde encontramos, por ejemplo, el deber de informar, o de prescribir determinadas pruebas, y que, por lo tanto, se trata de obligaciones concretas que forman parte del conjunto del acto médico. Es decir, se produce la coexistencia de ambos tipos de obligaciones en una misma actuación médica global.

Otra cuestión distinta es el grado de aleatoriedad que se produzca en el conjunto de dicha actuación médica, que ha sido relacionado

---

<sup>24</sup> SEIJAS QUINTANA, J. A., «Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios. Obligación de resultado?», en *Responsabilidad civil y seguro, Sepin*, marzo-abril, 2008, pp. 11 a 20.



con algunas especialidades médicas, sobre todo, cuando dicho grado es bajo, en el sentido en que, de una aplicación correcta de la técnica debería obtenerse un determinado resultado en un amplio porcentaje. Cuestión especialmente significativa en el ámbito de la odontología.

Cabe recordar en este sentido, la doctrina italiana de las intervenciones *di facile esecuzione*<sup>25</sup>, aplicable ante actos médicos respecto de los que ha sido adquirido por la ciencia y por la práctica un grado avanzado de conocimiento, tal que permite hablar de una previsibilidad del evento en un alto porcentaje, es decir, de la garantía en la obtención de un resultado<sup>26</sup>.

#### II.B.4. Las especialidades médicas

La odontología no ha sido la única especialidad médica objeto de controversia sobre la calificación de la naturaleza jurídica de su obligación, extendiéndose a otras especialidades enmarcadas dentro de la medicina voluntaria, como la cirugía estética, y las técnicas de supresión de la capacidad reproductora (ligadura de trompas y vasectomía), además de otras especialidades curativas, como la ginecología, la oftalmología o la traumatología, aunque de forma minoritaria<sup>27</sup>.

En el caso que nos ocupa, la naturaleza de la obligación de resultado, ha sido atribuida automáticamente a estas especialidades con base en su carácter de medicina voluntaria, sin tener en cuenta el carácter aleatorio de las mismas, o la distribución de los riesgos entre las partes contratantes, conscientemente por ambas, o a través de una información sesgada o inveraz por parte del facultativo.

---

<sup>25</sup> Vid., FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L., «Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano», en *Revista estudios socio-jurídicos*, enero-junio, núm. 1, 2008, Universidad del Rosario, Bogotá, p. 131, y PRINCIGALLI, A., *La responsabilità del medico*, Università de Bari, Jovene, 1983, pp. 163 a 166.

<sup>26</sup> El art. 2236 del CC italiano dispone que si la prestación debida implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el deudor solo será responsable ante la concurrencia de dolo o culpa grave.

«Se la prestazione implica la soluzione di problema tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di culpa grave», CC it. RD de 16 de marzo de 1942, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 79, 4 aprile de 1942.

<sup>27</sup> Vid., FERNÁNDEZ COSTALES, F., *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 90 y 91, MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Contratos médicos*, Larroca, Buenos Aires, 1991, p. 226 y VENINI, J. R., *Responsabilidad por daño contractual y extracontractual*, Tomo 1, Gabas, Rosario, Colombia, 1992, pp. 203 y ss.

Matizando que dicha obligación ha sido calificada también por la jurisprudencia como de medios cercana a la de resultado, y no siempre de resultado de forma absoluta, cabe citar, en el ámbito de la cirugía estética, las SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 1950<sup>28</sup>, de 22 de julio de 2003<sup>29</sup>, de 22 de junio de 2004<sup>30</sup>, de 21 de octubre de 2005<sup>31</sup>, de 4 de octubre de 2006<sup>32</sup> y de 26 de abril de 2007<sup>33</sup>; en el ámbito de la vasectomía y ligadura de trompas, las SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 25 de abril de 1994, ya citada por ser pionera en otorgar relevancia a la distinción con base en la dicotomía entre medicina curativa y voluntaria, de 24 de mayo de 1995<sup>34</sup>, de 31 de enero de 1996<sup>35</sup>, de 27 de junio de 1997<sup>36</sup>, y de 23 de mayo y 29 de julio de 2007<sup>37</sup>, entre otras. Tendencia imperante hasta la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2009<sup>38</sup>, que modifica el criterio y determina que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no es posible en el ejercicio de la actividad médica, por cuanto toda obligación del médico es de medios, incluso en el ámbito de la medicina voluntaria. En otros ámbitos, como por ejemplo, ante la emisión de un diagnóstico, el TS ha unificado criterios, en el sentido de considerar que existe culpa del médico cuando el error de diagnóstico es de notoria gravedad<sup>39</sup>, al igual que en el ámbito de los análisis clínicos, en que la determinación de responsabilidad dependerá de la especial complejidad y margen de error que requiera el concreto análisis de que se trate.

Para la doctrina, el criterio de las especialidades médicas a los efectos del encuadre de la obligación del médico como de medios o de resultado, se ha planteado desde distintos puntos de vista. Para BADENAS CARPIO, esta conexión automática, sobre todo en las especialidades de la odontología y de la cirugía estética, no es correcta, pues debieran de tenerse en cuenta otros aspectos, como la relación

<sup>28</sup> Ponente: Charrín y Martín-Veña, comentada y transcrita en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997, pp. 351 y ss. y ROYO-VILLANOVA MORALES, R., *Cirugía estética: medicina legal, criminología, delincuencia, responsabilidad*, Ariel, Madrid, 1958, pp. 127 y ss.

<sup>29</sup> EDJ 2003/80455. Ponente; Villagómez Rodil

<sup>30</sup> EDJ 2004/62145. Ponente; Marín Castán

<sup>31</sup> EDJ 2005/165831. Ponente; Corbal Fernández

<sup>32</sup> EDJ 2006/275324. Ponente; Seijas Quintana

<sup>33</sup> EDJ 2007/28968. Ponente; Villagómez Rodil

<sup>34</sup> EDJ 1995/3361. Ponente; Barcala Trillo-Figueroa

<sup>35</sup> EDJ 1996/259. Ponente; Gullón Ballesteros

<sup>36</sup> EDJ 1997/4860. Ponente; Fernández-Cid de Temes

<sup>37</sup> EDJ 2007/70127. Ponente; Xiol Ríos, y EDJ 2007/80174. Ponente; Seijas Quintana, respectivamente.

<sup>38</sup> EDJ 2009/158045. Ponente; Seijas Quintana

<sup>39</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 1996 (EDJ 1996/8617. Ponente; García Varela), y de 15 de febrero de 2006 (EDJ 2006/15969. Ponente; Seijas Quintana)

entre médico y paciente y la función de cada acto médico<sup>40</sup>. MORENO NAVARRETE, considera, en cambio, que el grado de especialización que la actividad requiere, constituye un parámetro para la calificación de la naturaleza de la obligación como de medios o de resultado del facultativo<sup>41</sup>. Argumento que nos sitúa en el margen de aleatoriedad o de incertidumbre en la aplicación de una determinada técnica médica, en el sentido de que podrán ser consideradas obligaciones de resultado, aquellas actuaciones médicas que por su reducido margen de imprevisibilidad, pueda deducirse una mala *praxis* médica por la no obtención de un resultado.

Si ponemos en relación estos argumentos con los anteriores relativos al contenido de la prueba, debe concluirse con que, una cosa es que, debido al avance de la técnica médica concreta pueda presumirse una actuación no conforme con la *lex artis ad hoc*, al no haberse obtenido el resultado que muy previsiblemente debería haber acontecido, lo que nos sitúa en materia probatoria, y otra cosa muy diferente, es que el resultado de una intervención médica pueda ser incluido dentro de la prestación obligatoria, aun existiendo margen de aleatoriedad, por muy reducido que éste se dé, en que ya estamos hablando de distribución del riesgo hacia el médico.

### III. LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE RESULTADO A TRAVÉS DE LA INFORMACIÓN PREVIA AL CONSENTIMIENTO EN MEDICINA VOLUNTARIA

A la vista de las consideraciones anteriores, se puede adelantar la conclusión de que la obligación del odontólogo es de medios compuesta por obligaciones parciales de resultado, tanto si la actuación concreta es de carácter curativo, como si es de carácter estético, por encontrarse presente en ambas el elemento aleatorio de la imprevisibilidad de la reacción del cuerpo humano. No obstante, ha de añadirse a esta conclusión que en odontología, la ejecución de diversas técnicas provistas de importantes avances científicos que permiten la consecución de resultados en porcentajes elevados de éxito, facilitan

---

<sup>40</sup> BADENAS CARPIO, J. M., «La responsabilidad civil médica», en REGLERO CAMPOS, F. (Coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 262 y 263.

<sup>41</sup> MORENO NAVARRETE, M. A., «La responsabilidad civil en la medicina en la medicina natural o satisfactiva (a propósito del la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 531.

la labor probatoria del paciente-cliente, sobre la negligente ejecución de la intervención a partir del resultado de la misma o los daños ocasionados.

En odontología podemos diferenciar entre medicina curativa y estética, así como actuaciones en que caben ambas finalidades. La diferencia a los efectos de determinar una responsabilidad radica en que, en aquellas actuaciones calificadas como estéticas o voluntarias, dado que el deber del médico de informar previamente a la intervención se encuentra interpretado por la jurisprudencia con un mayor rigor, en cuanto a su contenido, que respecto de las intervenciones de tipo curativas, la posición del demandante es más ventajosa. Por ello, dado el carácter esencial con que opera la información previa al consentimiento en odontología estética, para el mejor análisis de la jurisprudencia, cabe un esbozo previo sobre el régimen jurídico aplicable al derecho de información al paciente en este ámbito, y sus consecuencias jurídicas.

### **III.A. La superior importancia de la información previa al consentimiento en medicina voluntaria. La distribución del riesgo**

Como se ha citado anteriormente, la Ley 41/2002, regula los derechos del paciente a la información asistencial y el otorgamiento del correspondiente consentimiento informado, así como la protección de sus datos obrantes en la historia clínica. En lo que al ámbito de este estudio se refiere, y dado que la extensión de este trabajo no permite ahondar exhaustivamente sobre la cuestión de la información previa, aquí nos referiremos a la regulación sobre el contenido de la información y del consentimiento, la especial configuración que le ha otorgado el TS cuando nos encontramos ante medicina satisfactoria, y los efectos sobre la indemnización del daño, muy diversos en función del tipo de intervención, curativa o estética, ante la que nos encontremos.

El derecho a ser informado y consentir de forma consciente e informada, es decir, el derecho de autodeterminación en relación con la propia salud, ha sido considerado<sup>42</sup> como la concreción del derecho constitucional a la integridad psíquica y física, y se basa en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personali-

---

<sup>42</sup> *Vid.*, PLAZA PENADÉS, J., «La responsabilidad civil médico-sanitaria y los derechos del paciente», en REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.), *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2004, p. 235.

dad<sup>43</sup>. Antes de ser incorporado en nuestra Ley 41/2002, se encontraba reconocido en instrumentos internacionales, y en nuestra Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>44</sup>. De un lado, *el 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*, celebrado en Oviedo, el 4 abril de 1997, y ratificado por España con entrada en vigor el 1 de enero de 2000<sup>45</sup>, contiene el mandato de carácter internacional relativo al derecho del paciente a ser informado y consentir conforme dicha información. De otro lado, la *Carta Europea de Derechos Humanos*<sup>46</sup>, también dispone el respeto por el consentimiento libre e informado de la persona, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley, en el marco de la medicina y la biología. Incluso la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, ha calificado al consentimiento informado como un derecho fundamental, en su Sentencia de 12 de enero de 2001<sup>47</sup>, y ha determinado la integración del deber de información previa, dentro de la *lex artis ad hoc*<sup>48</sup>.

De un lado, el artículo 2 en sus apartados 2 y 3 de la Ley 41/2002, dispone los siguientes principios básicos: «2. *Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.* 3. *El paciente o usuario tiene derecho a recibir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.*». Por otro lado, el contenido de la información se encuentra regulado en los artículos 4, apartados 1 y 2, y artículo 10, con el siguiente tenor literal:

*Artículo 4: «1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información dispo-*

<sup>43</sup> Art. 10 CE: «1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*»

Art. 15 CE: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*»

<sup>44</sup> BOE núm. 101, de 29 de abril. Arts. 10.5 y 6.

<sup>45</sup> BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

<sup>46</sup> DOCE de 18 de diciembre de 2000.

<sup>47</sup> RJ 2001/3. Ponente; Martínez-Pereda Rodríguez

<sup>48</sup> SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de febrero y de 2 de octubre de 1997, de 24 de mayo de 1999 y de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, entre otras.

nible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.».

Artículo 10: «1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.»

A su vez, el contenido de estos artículos ha de ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 41/2002, sobre el consentimiento informado, que dice:

«1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento».

Por lo tanto, el médico está obligado a proporcionar al paciente la información asistencial previa relativa a las consecuencias de la intervención, a los riesgos de la misma relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente, a los probables, o directamente relacionados con el tipo de intervención, y a las contraindicaciones. Esta información deberá ser dispensada siempre, tanto ante una intervención de tipo curativo como voluntario. La distinción, cuando nos encontramos ante una intervención calificada como voluntaria, radica en un mayor rigor en el cumplimiento de este deber, que se traduce en el contenido de la información, por cuanto que, debido a la ausencia de necesidad terapéutica de la intervención, la opción de elección es superior al de una intervención curativa, pues el cliente asumirá, en su caso, una serie de riesgos para su salud sobre un cuerpo sano, de ahí, que el médico deba informar no ya sólo de los riesgos preceptuados en la Ley 41/2002, sino también de todos los demás riesgos, incluidos aquellos extraordinarios o que se puedan dar con menor frecuencia, e incluso que no sean inherentes a la intervención o atípicos, que se trata de riesgos diferentes, aunque confundidos por la jurisprudencia en ocasiones. Además de informar sobre la posibilidad de no obtener el resultado que se persigue. En este sentido se ha pronunciado la STS, Sala 1.ª, de 21 de octubre de 2005<sup>49</sup>, con el siguiente tenor literal:

*«El deber de información en la medicina satisfactiva –en el caso, cirugía estética–, en la perspectiva de la información dirigida a la obtención del consentimiento para la intervención, también denominada en nuestra doctrina «información como requisito previo para la validez del consentimiento», que es la que aquí interesa (otra cosa es la denominada información terapéutica o de seguridad, que comprende las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y que también debe abarcar la de preparación para la intervención), como información objetiva, veraz, completa y asequible, no solo comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica.*

*Por lo tanto, debe advertirse de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente, y ello tanto más si el evento previsible –no debe confundirse previsible con frecuente (S. 12 enero 2001 EDJ 2001/6)– no es la no obtención del resultado sino una complicación severa, o agravación del estado estético como ocurre con el queoide. La información de riesgos preVISIBLES es independiente*

<sup>49</sup> EDJ 2005/165831. Ponente; Corbal Fernández

*de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención.»*

### **III.B. La integración del mensaje publicitario en el contrato**

En el ámbito objeto de nuestro estudio, son cada vez más habituales los mensajes publicitarios en cualquier medio. Sobre la influencia que esta publicidad puede tener en la determinación de responsabilidad del odontólogo, es necesario precisar dos cuestiones: por un lado, que dicha publicidad ha de atenerse a su normativa específica contenida en el RD 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria<sup>50</sup>, que obliga a una autorización administrativa previa a la difusión del mensaje publicitario, y en cuyo artículo 7, apartado 1, establece: «*1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, toda información, publicidad o promoción comercial a que se refiere este Real Decreto deberá ajustarse a criterios de transparencia, exactitud y veracidad y evitará cualquier sesgo que pueda causar perjuicio a la salud o seguridad de las personas o a las legítimas expectativas de una información correcta y precisa en materia de salud y asistencia sanitaria.*»

Por otro lado, y en relación al contenido de este artículo y a la materia que tratamos, un mensaje publicitario no sólo puede ser considerado engañoso por verter informaciones falsas, sino también por la omisión de información necesaria, lo que además, podrá considerarse a través de la presentación del mensaje, es decir, únicamente mediante la imagen transmitida en el mismo<sup>51</sup>. Por lo tanto, cabe el planteamiento

---

<sup>50</sup> BOE núm. 189, de 6 de agosto.

No obstante, las normas deontológicas de los Colegios Profesionales, constituyen una herramienta fundamental en el control de la publicidad de los servicios sanitarios. Concretamente, el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, aprobó a finales del año 2002 una normativa de publicidad de bienes y servicios relativos a la salud bucodental, de la que cabe destacar la consideración de publicidad ilícita, como aquella que prometa determinados resultados o induzca a la creencia de que se va a producir determinado resultado (art. 4). Disponible en [www.consejodentistas.es](http://www.consejodentistas.es)

<sup>51</sup> Art. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero): «*1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. 2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se pro-*



to de la ilicitud de aquel mensaje publicitario de servicios médicos odontológicos que aseguren resultados, únicamente mediante su presentación, pudiendo generar expectativas irreales sobre tales resultados en el usuario. Aunque este carácter ilícito, en cuanto a la determinación de la responsabilidad contractual, deberá ponerse en relación con la aplicación del principio de integración del contenido publicitario en el contrato, del artículo 61 RDL 1/2007, que citamos anteriormente con ocasión del análisis de la promesa del hecho incierto.

### **III.C. La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad. Parámetros distintivos en medicina voluntaria**

La doctrina de la pérdida de oportunidad supone la valoración y consiguiente indemnización proporcional derivada, como su propio nombre indica, de la pérdida de la oportunidad de elección del paciente que ha sufrido un daño derivado del incumplimiento por parte del médico del deber de información previa, o bien derivado de un error de diagnóstico. Es decir, no se indemniza el daño sufrido, al no ser la causa de la negligencia del médico, sino el daño consistente en perder la oportunidad de haber optado por no asumir ese determinado riesgo inherente a la intervención y que se ha materializado, si el médico hubiera informado previamente del mismo, como era su obligación. Parafraseando a MEDINA ALCOZ, se trata de un régimen especial de imputación probabilística, que permite la reparación parcial de un daño eventual en los supuestos en los que las probabilidades de causalidad son insuficientes a los efectos de tener por cierto el daño causal<sup>52</sup>.

Siendo ésta la regla general, no ha sido seguida por los tribunales en líneas mayoritarias<sup>53</sup> ante supuestos de responsabilidad médica en intervenciones voluntarias, puesto que se ha considerado que la capa-

---

*ducen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.»*

<sup>52</sup> MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 289 y ss.

<sup>53</sup> Así, por ejemplo, mientras que en la STS, Sala 1.ª, de 22 de julio de 2003, dictada con motivo de una intervención de cirugía estética, concede indemnización del total del daño, en la STS, Sala 1.ª, de 29 de junio de 2007, se efectúa un juicio deductivo sobre la opción que hubiese adoptado la mujer de haber sido informada previamente a una intervención de ligadura de trompas, sobre el riesgo de fracaso de la misma. No obstante, en este último caso, hay que tener presente que la Sala otorga también un carácter curativo a la intervención.

cidad de opción por el cliente es total, en comparación con una intervención de tipo curativa, lo que ha redundado en un *quantum* indemnizatorio equivalente al daño ocasionado y no a la proporción correspondiente por la pérdida de la oportunidad, a pesar de que la técnica médica se hubiera desenvuelto diligentemente. Ello, nos conduce a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en el que el médico asume la totalidad de los riesgos, si bien en el que subyace el elemento culpabilístico, pues dicha asunción de riesgos se produce debido al incumplimiento de informar, que se confiere como una obligación de resultado, pues no participa de aleatoriedad alguna, y, a su vez, dicho incumplimiento, de alguna manera, transforma su obligación global de medios, en una obligación de resultado, pues el médico, asumirá los riesgos, independientemente de que la técnica médica sea ejecutada conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por lo tanto, antes de entrar en la valoración de la jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de la obligación del odontólogo, se concluye que; por un lado, la obligación del odontólogo de información previa adquiere matices propios cuando la intervención puede considerarse de tipo voluntario, estético, o incluso que cumple con ambas funciones de medicina curativa y estética, como se verá a continuación. En estos supuestos, el odontólogo deberá informar de todos los riesgos, a excepción de aquellos no conocidos por la ciencia médica, según ha establecido la jurisprudencia. La publicidad adquiere un papel muy importante en este ámbito, debido a su posible integración en el contrato, sobre, por ejemplo, la garantía de un resultado. Y finalmente, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad ante un riesgo materializado que no ha sido informado previamente por el médico, implica la asunción del riesgo por éste. Todo ello, lleva a concluir con que la naturaleza de la obligación del odontólogo ante tratamientos estéticos puede ser de resultado en función del cumplimiento de su deber de información, en los términos configurados por la jurisprudencia.

#### IV. LA CALIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL ODONTÓLOGO POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Al tiempo de calificar la obligación del odontólogo, los criterios doctrinales y jurisprudenciales no han sido pacíficos, y se han orientado más hacia la distinción basada en el tipo de tratamiento, que en si el mismo puede participar del elemento aleatorio o no. En este sentido, parte de la doctrina ha considerado que los tratamientos de im-

plantación de prótesis dentales o también aquellos con una finalidad únicamente estética, han de ser considerados como de resultado<sup>54</sup>. Por su parte, BADENAS CARPIO, entiende que la deficiente cultura bucal de los españoles, ha llevado a equiparar la odontología, en la mayoría de las ocasiones, con un fin estético, y considera que cuando el cliente tenga un interés curativo y estético respecto del mismo tratamiento, ha de prevalecer el primero de ellos, presumiéndose la obligación de medios del facultativo<sup>55</sup>. Preferencia que, en línea mayoritaria, han seguido nuestros tribunales, como analizamos a continuación, guiándonos por la impronta marcada de calificar la obligación del odontólogo según el tipo de tratamiento.

La STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 28 de junio de 1999<sup>56</sup>, que cita la de 7 de febrero de 1990<sup>57</sup>, fraguó una tendencia jurisprudencial en cuya virtud, la naturaleza de la obligación del odontólogo, en supuestos de colocación de prótesis dentales, ha de ser calificada como de resultado, rigiendo la relación de las partes por un contrato de arrendamiento de obra. En consecuencia, *a priori*, la determinación de responsabilidad en estos casos, debería dirimirse con la prueba de la ausencia de un resultado sin necesidad de entrar a valorar si el odontólogo ha cumplido o no con la *lex artis ad hoc* en la ejecución de la técnica correspondiente. Cabe transcribir el siguiente fundamento jurídico:

*«Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente del contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990 que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade "... salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros de prótesis dentarias...". Y continúa: "En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada del contrato de obra, era obtener el resultado de sanear (rehabilitar dice el dictamen pericial) la boca del paciente... Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación –obligación de resultado–... el médico; cuya imputabilidad deriva de la no prueba de caso fortuito y presunción de culpa*

<sup>54</sup> Vid., FERNÁNDEZ COSTALES, J., *cit.*, pp. 91 y ss., y LLAMAS POMBO, E., *cit.* pp. 80 y 81.

<sup>55</sup> BADENAS CARPIO, J. M., *cit.*, p. 264.

<sup>56</sup> EDJ 1999/14358. Ponente; O'Callaghan Muñoz

<sup>57</sup> EDJ 1990/1168. Ponente; Fernández Rodríguez

*contractual; y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación.”»*

Deben destacarse tres cuestiones de este supuesto: en primer lugar que no se hace alusión expresa al tipo de medicina ante la que nos encontramos, es decir, si es curativa o estética, si bien, ello se deduce de la finalidad reconocida del contrato, de «*rehabilitación*», entendida como «*reposición de la función tomada en su conjunto*», es decir, curativa. En segundo lugar, se califica la obligación como de resultado, a pesar de concurrir en la actuación médica concreta el componente aleatorio, pues el tratamiento dental se efectuó mediante intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Y en último lugar, si bien, como expresa la sentencia, la imputabilidad deriva de la no prueba de caso fortuito y presunción de culpa contractual, cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación, también es cierto que la misma valora la prueba pericial del informe del Colegio de Odontólogos que mantiene la incorrección del tratamiento del médico durante nueve años, es decir, se valora si éste actuó de conformidad con la *lex artis ad hoc*. Respecto del presente planteamiento, se echa en falta la valoración atinente a la información previa al consentimiento, y el razonamiento, que sería más correcto en nuestra opinión, referente a que el médico no cumplió con su obligación, debido no tanto a que la misma era de resultado, sino por la aplicación incorrecta del tratamiento, es decir, que siendo la obligación de medios, éste incurrió en negligencia al no haber actuado conforme a la *lex artis ad hoc*.

Sobre un supuesto similar, se pronuncia la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 de diciembre de 2001<sup>58</sup>, dictada por el mismo Ponente, que ante un caso de implantación de prótesis dentales, califica la obligación como curativa y estética cumulativamente, relación de la que deriva un contrato de obra, y por lo tanto, la responsabilidad se produce ante la ausencia de un resultado. Aquí, al igual que en la sentencia anterior, la cliente tuvo que acudir a otros médicos en Estados Unidos a fin de conseguir el resultado perseguido y no conseguido por el médico demandado que inició el tratamiento. Cabe transcribir el siguiente fundamento sobre la carga de la prueba en las obligaciones de resultado, en que subyace la presunción de culpa del médico:

*«En el motivo segundo se enuncia como infringido el artículo 1214 CC relativo a la doctrina de la carga de la prueba: no se ha infringido; en la obtención del resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es la parte obligada la que sufre la carga de*

<sup>58</sup> EDJ 2001/47118. Ponente; O’Callaghan Muñoz

*probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación: lo cual no ha ocurrido en el presente caso, en que la relación de hechos que han quedado acreditados demuestra que el resultado ha sido por causa de la actividad médica».*

Compartimos la valoración que hace sobre esta resolución DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que considera erróneo entender que existe un cumplimiento defectuoso de la prestación del odontólogo, porque la aplicación de una prótesis dentaria no produzca el resultado deseado o esperado, es decir, que el razonamiento descansa únicamente sobre el resultado, ya que confunde lo que debe entenderse por resultado. Pues el tratamiento no se limita a la entrega de una prótesis, sino también a una acción de diagnóstico, decisión de tratamiento, etc..., que ha de valorarse conforme a la *lex artis ad hoc*<sup>59</sup>. Cuestión distinta, como apunta el autor, es que el fracaso del resultado del tratamiento de implantación de prótesis pueda constituir un principio de prueba sobre una posible responsabilidad del profesional, pero en modo alguno puede ser determinante de presunción de culpa.

Esta tendencia no ha sido seguida de manera uniforme por las Audiencias Provinciales, a lo que hay que añadir que los supuestos de hecho tampoco han sido comparables, pues no es lo mismo dejar sin concluir un tratamiento, en que existe una responsabilidad, a que surja un daño tras el mismo y deba dirimirse si existe responsabilidad del odontólogo. La casuística es muy variada.

Siguiendo en el ámbito de la implantación de prótesis dentales, pueden citarse las SSAAPP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2000<sup>60</sup>, y de Badajoz, Sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2003<sup>61</sup>, que califican la obligación del odontólogo como de resultado, aunque, mientras que en la primera sentencia, tras exponer la doctrina de la STS de 7 de febrero de 1990, concluye con la existencia de negligencia del odontólogo a partir del dictamen pericial, al posponer, sin justificación, la colocación de la prótesis transcurrido un mes desde el tallado de las piezas. En la segunda sentencia, se concluye con que la obligación es de medios y de resultado simultáneamente, por resultar tanto curativa como estética, según el informe pericial que establece: «*Por tanto, mejora la calidad con el entorno al mismo tiempo que mejora la estética de su boca y cara*», y se considera que no se ha cumplido con la *lex artis ad*

<sup>59</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, A., «El resultado en la obligación del médico ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?», en LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios De derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 425 y ss.

<sup>60</sup> EDJ 2000/70020. Ponente; Navarro Miranda

<sup>61</sup> EDJ 2003/216073. Ponente; Concha y Álvarez del Vayo

*hoc*, al no haber aplicado las técnicas correctas en la implantación de las prótesis, y al no haber cumplido con el deber de información previo, pues únicamente se hizo una breve referencia genérica en el contrato. No estamos de acuerdo con la fundamentación de la sentencia, teniendo en cuenta que en la misma también se hace constar, y de hecho se transcribe, el contenido del contrato concertado entre el cliente y la clínica en el que se garantizaba la obtención de un resultado –«el buen fin del tratamiento»– calificándolo expresamente como de estético, incurriendo por tanto, en la promesa de un hecho incierto, además de no informar sobre los riesgos inherentes al tratamiento. Lo que, a nuestro juicio, conllevaría a la asunción de los riesgos por parte del odontólogo, independientemente de que la técnica aplicada no hubiere sido la correcta, aunque los efectos prácticos, en cuanto al fallo condenatorio, sean los mismos.

Esta distinción también se plasma en la SAP de Madrid, Sección 25.<sup>a</sup>, de 19 de noviembre de 2004<sup>62</sup>, que considera acreditada una aplicación correcta de la técnica, y por tanto acomodada a la *lex artis ad hoc*. En respuesta a la alegación de la parte demandante, respecto a la ausencia de un resultado en relación con el carácter de arrendamiento de obra por tratarse de una intervención de tipo estético, el Tribunal fundamenta que dicha calificación de estética, ha de ser sometida a dictamen pericial, es decir, apreciable bajo estimaciones clínicas y científicas, y no sólo basadas en la intención subjetiva del demandante. Compartimos dicho fundamento, si bien debemos matizar, que la calificación en uno y otro caso, tendrá las consecuencias relativas a la mayor intensidad de la información previa, y no a la calificación automática del tratamiento como de resultado. Dice la sentencia en su fundamento jurídico quinto, *in fine*:

*«La diferencia entre cirugía necesaria o curativa y la cirugía llamada voluntaria, de confort o satisfactoria para el paciente, no es una diferencia apreciable por el interesado en función de su pretensión y de su propio criterio. Es una diferencia esencialmente cualitativa y dependiente de estimaciones clínicas, como tales científicas, y en conclusión, a probar con medios adecuados. Y a la vista de los propios datos ofrecidos por el actor, en absoluto se infiere que la operación que se realizó al Sr. Pedro Enrique fuera estética, estrictamente de tal naturaleza y no curativa.*

*Al menos, en el informe del Dr. Antonio no se hace observación alguna al respecto, ni tampoco por vía del recurso se alude a los antecedentes médicos consignados en la sentencia a propósito del tratamiento durante un año, del proceso perio-endo en la pieza 18, presentando además una gingivitis generalizada, especialmente marcada en el 1.º y 2.º cuadrante,*

<sup>62</sup> EDJ 2004/206094. Ponente; Guglieri Vázquez

*con marcados signos de bruxismo. Todas las incidencias y detalles recogidos en la sentencia tienden a la apreciación de lesiones o procesos patológicos perio-endo, de los que el apelante omite cualquier observación, pero, con su simple enumerado, y sin prueba a propósito de contrario, lejos se está de afirmar que estamos ante un caso de cirugía estética, de fundamental signo voluntario y de resultado.*

*Antes bien, podemos conceptualarla como curativa, desde el momento en que se trataron lesiones y procesos patológicos y, por ello, no es asumible la tesis del «resultado» como correspondiente a los servicios contractuales, y procediendo, por todo lo expuesto, desestimar el recurso de apelación.»*

Esta misma línea es seguida por la SAP de Asturias, Sección 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2013<sup>63</sup>, que de forma previa a la valoración de la responsabilidad del odontólogo, estima, con base en el interrogatorio del demandante y en el informe pericial, que el tratamiento era de carácter curativo debido a las dificultades de masticación, pero que, sin duda alguna, en este tipo de tratamientos el componente estético existe siempre, con lo cual, lo denominan de carácter mixto, en donde hay que optar por el fin primordial que es el curativo, siendo la primera consecuencia, que no puede hablarse de contrato de obra. Debiendo examinarse, en segundo lugar, si existe cumplimiento de la *lex artis* en su aspecto formal (consentimiento informado), como material (actuar con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis). En cuanto al consentimiento, efectúa una valoración de si, en el caso de las prótesis dentales y en el de las endodoncias, considerándose un tratamiento invasivo, el primero, es preciso, según la Ley 41/2002, prestarlo por escrito, así como su trascendencia a efectos probatorios:

*«En cuanto al consentimiento informado (...), examinado desde la perspectiva de la medicina curativa, admitiendo, como sostiene la parte apelante en su recurso, que el consentimiento en el caso de la técnica utilizada de colocación de prótesis dentarias no precisa de consentimiento escrito, pues el art. 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP), parte del principio de que el consentimiento será verbal por regla general, estableciendo a continuación las excepciones que requieren la forma escrita, entre las cuales no puede incluirse el tratamiento prostodóntico elegido, si bien ha de matizarse que los implantes realizados si precisarían de forma escrita pues debe considerarse un procedimiento invasivo, incluso se podría entender como un procedimiento invasivo, aunque con más dudas, el caso de las endodoncias practicadas.*

*En todo caso, el problema no es realmente si se precisa consentimiento escrito o verbal, pues en definitiva el problema es de prueba, es decir, si exigiendo la LAP el consentimiento escrito, éste se realiza sólo de*

<sup>63</sup> St. Núm. 11/2013. Ponente; Azparren Lucas

*forma verbal, ninguna consecuencia tendría siempre que existiera prueba de que efectivamente se realizó la información verbalmente y que esta fue de forma adecuada, como exige el artículo 3 LAP, o «de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades», como exige la jurisprudencia (STS de 20 de enero de 2011)».*

Continúa la sentencia disponiendo la carga de la prueba de la información al médico, siguiendo la doctrina jurisprudencial de aplicación. Tras lo cual, considera no acreditado el cumplimiento de dicho deber, dado que los formularios aportados en este sentido, carecen de la necesaria individualización y personalización, sin que consten los riesgos de fracaso de la alternativa protésica, ni las características del paciente con bruxismo, ni su influencia en el tratamiento. A partir de aquí, el tribunal entiende que no tiene porque entrar a valorar si el odontólogo aplicó correctamente la técnica, que según los peritos así fue, ya que los daños derivaron de los riesgos del tratamiento, del que el demandante no pudo optar por otro posible al no haber sido informado, siendo la consecuencia, en primer lugar, la resolución del contrato y la confirmación del *quantum* concedido en primera instancia por los daños morales sufridos.

Sin embargo, para la SAP de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 19 de diciembre de 2011<sup>64</sup>, la obligación del odontólogo es siempre de resultado en medicina voluntaria, concurran o no fines curativos. Debiendo decretar la responsabilidad por la ausencia del resultado. Hay que advertir que en esta sentencia, que mezcla los fundamentos extraídos de las principales SSTS sobre la materia, el criterio de imputación de responsabilidad descansa realmente sobre la ausencia de información previa al demandante de la necesidad de retirar un puente antiguo de unas piezas dentales para conseguir el correcto arreglo y rehabilitación de su boca, no advirtiéndole de las consecuencias. Lo que nos sitúa en la asunción de los riesgos derivados de la ausencia de información previa, mediante el aseguramiento del resultado, y por tanto, la promesa de hecho incierto.

Por otro lado, se encuentran aquellas sentencias que fallan la responsabilidad del odontólogo en implantación de prótesis con base en la existencia de culpa, es decir, en la prueba de su actuar negligente, considerando que la obligación es de medios independientemente de que se trate de un tratamiento curativo o voluntario. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSAAPP, de Cantabria, Sección 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2001, de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, de 24

<sup>64</sup> EDJ 2011/350498. Ponente; Díaz Roldán



de marzo de 2009<sup>65</sup>, y de Barcelona, Sección 19.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2011<sup>66</sup>, de la que cabe transcribir el siguiente fundamento contenido en la referida SAP de Madrid, sobre el carácter aleatorio del resultado en medicina, con el que coincidimos plenamente:

*«En todo caso, entiende este Tribunal que, sin minusvalorar la relevancia del resultado en este tipo de intervenciones médicas, deberá de tenerse en cuenta que, en ocasiones, incluso en este campo, tal resultado previsto no puede lograrse por circunstancias que escapan al correcto actuar del facultativo y que por el mismo no pueden ser controladas, lo que necesariamente obliga a seguir considerando el actuar del médico, como elemento importante a la hora de establecer responsabilidades, pues el componente aleatorio y el factor reaccional individual que concurren en este tipo de actuaciones, condicionan la clasificación de la obligación como propia de las de resultado, se podría calificar como obligación de medios acentuada. Además, el elemento culpabilístico, aún por vía de la determinación de la relación de causalidad, siempre deberá de ser considerado a la hora de declarar la responsabilidad por mucho que ésta venga determinada por el resultado.»*

Cabe citar a parte, los pronunciamientos judiciales relativos a tratamientos de ortodoncia. Pudiendo señalar, entre otros, los emanados de la AP de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de junio de 2007<sup>67</sup>, de la de Guipúzcoa, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 2007<sup>68</sup>, y de la de Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2012, y que califican la obligación como de resultado, dentro del ámbito de la medicina voluntaria, si bien en algunos de estos casos acudimos a una casuística particular, al concurrir la culpa del perjudicado con la del odontólogo, o bien romper totalmente el nexo causal, es decir, provocar con su propia conducta –fundamentalmente la omisión por el paciente de un seguimiento específico– la ausencia del resultado del tratamiento, lo que se traduce en los fallos de las sentencias que eximen de responsabilidad al odontólogo, o bien le atribuyen un porcentaje de la misma, pero no el total.

Los tratamientos consistentes en la práctica de endodoncias, también ha sido motivo de abundante litigiosidad<sup>69</sup>. Aunque en muchos de estos casos, ha de tenerse en cuenta que la obligación de resultado no aparece ligada a la práctica de la endodoncia, sino al tratamiento

<sup>65</sup> EDJ 2009/85204. Ponente; Almazán Lafuente

<sup>66</sup> EDJ 2011/348948. Ponente; Regadera Sáez

<sup>67</sup> EDJ 2007/165272. Ponente; Cruz Mora

<sup>68</sup> EDJ 2007/270277. Ponente; Suárez Odriozola

<sup>69</sup> Se citan, como ejemplo, las más recientes: SSAAPP de Palma de Mallorca, Sección 3.<sup>a</sup>, de 3 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 07040370032014100278. Ponente; Oliver Koppen), de Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, de 3 de julio de 2014 (Id Cendoj: 08019370132014100334. Ponente; Carriedo Mompín), y de Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2014 (Id Cendoj: 46250370092014100254. Ponente; Lara Romero).

de implantología protésica posterior<sup>70</sup>, es decir, encuadrable como medicina voluntaria, con las consiguientes divergencias en cuanto al grado de la información previa al consentimiento, que deberá ser más exhaustivo que si se tratara de medicina curativa.

Finalmente, cabe citar que en aquellas resoluciones en que se dirime la responsabilidad del odontólogo por la práctica de un tratamiento cuya condición de curativo no ofrece duda alguna, y no converge con la de estético, los tribunales, en su mayoría, han determinado que nos encontramos ante una obligación de medios, y que, como tal, deberá valorarse la corrección del acto médico conforme a la *lex artis ad hoc*<sup>71</sup>.

Por lo tanto, cabe distinguir entre aquellas resoluciones que contemplan la dicotomía entre medicina curativa y estética, de aquellas otras que no lo hacen, atribuyendo al tratamiento odontológico el carácter de obligación de resultado independientemente de su finalidad, o exclusivamente de medios. En este sentido, opina MORENO NAVARRETE, que la calificación no se encuentra tanto en la antedicha distinción, sino más bien en la facilidad de ejecución de la intervención concreta *«que se reduce a un claro y riguroso seguimiento de la regla técnica»*, poniendo como ejemplo, la implantación de prótesis o de ortodoncias, en que el nexo entre la observancia de la regla técnica y el logro del resultado es muy fuerte, careciendo de sentido distinguir entre medios y resultados, ya que la valoración de la observancia de la regla técnica se reflejará automáticamente en la valoración de un resultado *«dependiendo de la intensidad de ese nexo, el resultado erróneo, no pretendido, conllevará que, si el nexo es menos fuerte, determinará una presunción de culpa, y si el nexo es más fuerte, la prueba misma de la culpa»*. Estableciendo así un nuevo parámetro de distinción, que es el grado de especialidad que la actividad requiere, cuanta mayor disponibilidad tenga el profesional de reglas técnicas precisas y consolidadas, mayor ha de ser la garantía del resultado técnicamente predecible<sup>72</sup>.

En coherencia con lo expuesto en este trabajo, no estamos de acuerdo con el anterior planteamiento, que confunde la naturaleza de la obligación con los mecanismos probatorios, ya que, como se decía, una cosa es que, dentro de la obligación se encuentre la promesa de

<sup>70</sup> Vid., DÍAZ-FLORES GARCÍA, V., CISNEROS CABELLO, R. y PEREA PÉREZ, B., «La endodoncia en los tribunales españoles. Estudio de la jurisprudencia entre los años 1990 y 2010», en *Client Dent*, 8, 2, 2011, págs.133 a 139.

<sup>71</sup> Entre otras: SSTS, Sala 1.ª, de 25 de octubre de 2002 (EDJ 2002/44494. Ponente; Martínez-Pereda Rodríguez) y de 24 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/213895. Ponente; Seijas Quintana).

<sup>72</sup> MORENO NAVARRETE, M. A., *cit.*, p. 531.

un resultado aleatorio, cuya incertidumbre pueda darse en mayor o menor grado, y otra cosa diferentes es que, ese grado de aleatoriedad, en relación con la observancia de la técnica, ayude a la demostración de una negligencia.

Cabe traer a colación las manifestaciones hechas por el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, sobre el carácter predecible del resultado en los tratamientos odontológicos, ya que, en referencia a los pronunciamientos judiciales que establecen la responsabilidad de los odontólogos en función de la ausencia de un resultado, se fundamenta la sujeción de todo actuar profesional al elemento aleatorio de la imprevisibilidad con que puede reaccionar el cuerpo humano que puede intervenir en la producción de un resultado diferente al previsto, independientemente de que dicho tratamiento pertenezca a los denominados como de medicina curativa o voluntaria<sup>73</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> La naturaleza de la obligación del médico es de medios, es decir, no está obligado a conseguir un determinado resultado, sino a ejecutar su actividad profesional de conformidad con la *lex artis ad hoc*, independientemente de que la misma tenga un carácter curativo o voluntario, pues del análisis del fundamento y de las características de las obligaciones de medios y de resultado, resulta determinante el elemento aleatorio consistente en la imprevisibilidad de reacción del cuerpo humano, propia de la naturaleza mortal del hombre, y presente en la gran mayoría de los tratamientos médicos, sean curativos o voluntarios, lo que impide que el médico pueda prometer un determinado resultado que no depende de su correcta actuación.

2.<sup>a</sup> No obstante, esta conclusión ha de ser matizada, pues de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, el médico debe proporcionar, con carácter previo a una actuación sobre el paciente, la información relativa a las consecuencias, los riesgos probables y los relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente, y aquellos relacionados con la intervención, así como las contraindicaciones del tratamiento. Este deber se intensifica en aquellas intervenciones de tipo voluntario, ya que el cliente, al no tener una necesidad terapéutica, y someterse a una serie de riesgos sobre

---

<sup>73</sup> AA. VV., *Posibilidades de predicción de resultados en odontología basadas en la evidencia científica*, Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 2004.

un cuerpo sano, se considera que su capacidad de opción es total, por lo que la jurisprudencia ha establecido que en estos casos, la información prevista en la Ley 41/2002, ha de ampliarse a todos los riesgos que conozca la ciencia médica, es decir, los extraordinarios, los que no sean inherentes a la intervención, además de las posibilidades de que no se obtenga el resultado deseado.

3.<sup>a</sup> La consecuencia de esta especial obligación informativa del odontólogo que se disponga a practicar un tratamiento estético, y no cumpla con dicho deber en los términos expuestos, será la asunción de los riesgos no informados que se materialicen, independientemente de que la aplicación de la técnica en el tratamiento sea correcta. Es decir, se aplica una responsabilidad por riesgo, lo que convierte la naturaleza de la obligación de medios en una de resultado. Pues, a su vez, la propia obligación de informar es de resultado, por no concurrir en la misma, componente aleatorio alguno, con lo que nos encontramos ante obligaciones generales de medios compuestas por obligaciones parciales de resultado. Pero esta responsabilidad no sólo se contempla en la vertiente omisiva, en el sentido de no informar de los riesgos, sino también por garantizar un resultado mismo, es decir, cuando el odontólogo garantiza un determinado resultado aún concurriendo el elemento aleatorio, encontrándonos ante la promesa de un hecho incierto, que implica la asunción de todos los riesgos. Tesis que viene confirmada por la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en supuestos de medicina voluntaria, ya que, en la mayoría de las ocasiones, no se imputa un porcentaje del daño, a modo de pérdida de oportunidad, sino el daño completo.

4.<sup>a</sup> En el ámbito de la odontología, estas cuestiones cobran una especial complejidad debido a que tratamientos como los relativos a implantes dentales u ortodoncias, han sido categorizados por la jurisprudencia con una doble finalidad, curativos y estéticos, si bien, ello deberá ser objeto de prueba en cada caso concreto y determinable en función de criterios técnicos, y no en función de la motivación subjetiva del demandante. La trascendencia de ello, no radica, a nuestro entender, y en contra de lo que han determinado los tribunales, en la calificación de la obligación como de medios o de resultado, en atención al binomio medicina curativa-obligación de medios y medicina voluntaria-obligación de resultado, sino en las consecuencias del incumplimiento del deber de información según ha configurado la jurisprudencia, como más cualificado en el caso de que la intervención sea considerada voluntaria.

5.<sup>a</sup> Los criterios judiciales, sobre todo los emanados de las AAPP, carecen de un sentir unánime, desde el criterio establecido por el TS, en cuya virtud, los tratamientos odontológicos de carácter voluntario, responden a una obligación de resultado. La ausencia de un fundamento jurídico sólido, se advierte cuando en algunas resoluciones califican la obligación del odontólogo ante tratamientos de implantes dentales, como de resultado, entrando también a valorar si el profesional ha ejecutado el tratamiento siguiendo la técnica correcta conforme a *la lex artis ad hoc*, lo que resultaría propio de una obligación de medios, pues en una resultado, la prueba de la ausencia de éste, sería determinante de responsabilidad. Por otro lado, en otras resoluciones, se observa que el motivo de imputación descansa, en realidad, sobre la garantía de un resultado, bien de forma tácita o expresa y que, como decimos, supone la asunción por el odontólogo de los riesgos, aunque la resolución no ofrece la fundamentación jurídica en este sentido y, por tanto, la que consideramos más adecuada.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *Posibilidades de predicción de resultados en odontología basadas en la evidencia científica*, Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, Madrid, 2004.
- ALTERINI, J. H., «Efectos de la resolución del contrato por incumplimiento», en *Temas de derecho civil*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1980.
- ALTERINI, J. H., AMELA, O. J., y LÓPEZ CABANA, R. M., *Derecho de obligaciones*, 5.<sup>a</sup> ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 1995.
- BADENAS CARPIO, J. M., «La responsabilidad civil médica», en REGLERO CAMPOS, F. (Coord.), *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002 (pp. 251 a 257).
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado ¿tiene relevancia jurídica la distinción?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014 (pp. 50 a 74), [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt),
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, A., «El resultado en la obligación del médico ¿ideas sensatas que pueden volverse locas?», en LLAMAS POMBO, E. (Coord.), *Estudios De derecho de Obligaciones. Homenaje al Pro-*

*fesor Mariano Alonso Pérez*, Tomo I, La Ley, Madrid, 2006 (pp. 419 a 468)

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général. Sources des obligations*, Tomo V, Arthur Rousseau, París, 1925.

DÍAZ-FLORES GARCÍA, V., CISNEROS CABELLO, R. y PEREA PÉREZ, B., «La endodoncia en los tribunales españoles. Estudio de la jurisprudencia entre los años 1990 y 2010», en *Client Dent*; 8; 2; 2011 (pp. 133 a 139).

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1996.

ESMEIN, P., «Obligations», PLANIOL, M. y RIPERT, G. (Coord.), *Traité pratique de droit civile français*, Tomo VI, LGDJ, Paris, 1952.

FERNÁNDEZ COSTALES, F., *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, M. L., «Nuevas perspectivas en el tema de responsabilidad por la estructura sanitaria. Estudio de derecho italiano», en *Revista estudios socio-jurídicos*, enero-junio, núm. 1, 2008, Universidad del Rosario, Bogotá (pp. 111 a 149), [www.re-dalyc.org](http://www.re-dalyc.org)

FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, LGDJ, París, 1965.

GALÁN CORTÉS, J. C., La responsabilidad civil médico-sanitaria, en SEIJAS QUINTANA, J. A. (Coord.), *La responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*, Sepin, Madrid, 2007 (pp. 273 a 306).

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de derecho civil romano*, Lex Nova, Barcelona, 1889.

GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.

HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid, 1983.

HINOJAL FONSECA, R. y GALÁN CORTÉS, J. C., «Los protocolos médicos», en *Revista Salud Rural, RGD*, núm. 622-623, 1996 (pp. 8171 a 8182).

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

LARROUMET, C., *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*. Tomo I, 5.º ed., Economica, Paris, 2003.

- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- LUNA YERGA, A., «Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria», en *Indret*, núm. 165, Barcelona, 2003, [www.indret.es](http://www.indret.es)
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L., «Especial estudio de la denominada *lex artis ad hox* en la función médica», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 1986 (pp. 1697 a 1709).
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Comares, Granada, 1997.
- MARTON, M. G., «Obligation de resultat y obligation de moyens», en *Revue trimestrelle de droit civile*, Paris, 1935 (pp. 510 a 518).
- MARTY, G., RAYNAUD, P., y JESTAZ, P., *Les obligations*, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Sirey, Paris, 1989.
- MAZEAU, L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Vol. I (Traducción de la 5.<sup>a</sup> edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
- MEDINA ALCOZ, L., *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid, 2007.
- MENGONI, L., «Obligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», en *Rivista del Diritto Commerciale*, Roma, 1954 (pp. 185 a 209).
- MORENO NAVARRETE, M. A., «La responsabilidad civil en la medicina natural o satisfactiva (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009 (pp. 523 a 545).
- MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Contratos médicos*, Larroca, Buenos Aires, 1991.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., «El tema fundamental de las obligaciones de medios y resultados frente a la responsabilidad civil», en [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com),
- PASCUAL ESTEVILL, L., *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Tomo I, Parte General, Bosch, Barcelona, 1989.

- PICASSO, S., «Las obligaciones de medios con carga invertida», en *JA*, II, 1996.
- PLAZA PENADÉS, J., La responsabilidad civil médico-sanitaria y los derechos del paciente, en REYES LÓPEZ, M. J. (Coord.), *Derecho Privado de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2004 (pp. 217 a 250).
- PRINCIGALLI, A., *La responsabilità del medico*, Università de Bari, Jovene, 1983.
- ROYO-VILLANOVA MORALES, R., *Cirugía estética: medicina legal, criminología, delincuencia, responsabilidad*, Ariel, Madrid, 1958.
- SEIJAS QUINTANA, J. A., «Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios. Obligación de resultado?», en *Responsabilidad civil y seguro*, *Sepin*, marzo-abril, 2008 (pp. 287 a 310).
- VENINI, J. C., *Responsabilidad por daño contractual y extracontractual*, Tomo 1, Rosario, Gabas, Colombia, 1992.
- VINEY, G., *La responsabilité: conditions*, LGDJ, Paris, 1982.
- WAYAR E. C., *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1990.