



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Privado

# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL ODONTOLÓGICA EN CHILE**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Autores:**

Claudio Heriberto Monreal Vargas

Natalia Paulina Soto Olivera

**Profesor guía:** Ricardo Alejandro Quezada Fuentes

**Santiago, Chile**

**2021**

<b>RESUMEN</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I: ODONTOLOGÍA Y DERECHO</b> .....	6
1.1 Nociones generales.....	6
1.1.1 Distinción entre odontología legal y odontología forense.....	6
1.1.2 Nacimiento de la odontología como ciencia médica.....	7
1.1.3 La relación entre la odontología y el derecho en la historia de la humanidad.....	9
1.2 La odontología en Chile.....	10
1.2.1 El nacimiento de la odontología en Chile como disciplina autónoma de la medicina.....	10
1.2.2 Principales hitos legislativos de la odontología durante el siglo XX.....	11
1.2.3 Realidad actual de la odontología en Chile: el mercado de la salud dental.....	12
1.3 Marco jurídico de la odontología en Chile.....	13
1.3.1 Semejanzas de la medicina y la odontología en nuestro ordenamiento jurídico.....	13
1.3.2 ¿Qué es la odontología conforme a nuestra legislación sanitaria?.....	16
1.3.3 La habilitación profesional del ejercicio de la odontología en Chile.....	18
1.3.4 Delimitación de la prestación odontológica conforme a nuestra legislación.....	19
1.3.5 Nuestra propuesta para un concepto normativo de odontología.....	22
<b>CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE PRESTACIÓN ODONTOLÓGICA</b> .....	23
2.1 Marco jurídico de la prestación odontológica.....	23
2.1.1 Código Sanitario.....	24
2.1.2 Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.....	24
2.1.3 Ley 19.496, que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores.....	25
2.1.3.1 Semejanzas entre la Ley 19.496 y la Ley 20.584.....	26
2.1.4 Ley 19.966, que establece un régimen de garantías de salud.....	29
2.1.5 Lex artis administrativa.....	31
2.1.5.1 Resolución exenta N°1031, de 2012 del MINSAL. Protocolos N°1 y N°2.....	31
2.1.5.2 Resolución exenta N°652, de 1995 del MINSAL. Norma general técnica N°6 sobre atención odontológica.....	31
2.1.5.3 Guía clínica auge. Fisura labiopalatina.....	32
2.1.5.4 Guía clínica auge. Salud oral integral para niños y niñas de 6 años.....	32
2.1.5.5 Guía clínica auge para salud oral integral de adultos de 60 años del año 2010 más su actualización en el año 2015 respecto de prevención y tratamiento de caries radiculares.....	33
2.1.5.6 Guía clínica auge. Salud oral integral de la embarazada.....	33

2.1.5.7 Guía clínica auge. Urgencias odontológicas ambulatorias.....	34
2.2 Categoría contractual de las prestaciones odontológicas según el derecho civil chileno.....	34
2.2.1 El sector público (contrato dirigido).....	35
2.2.2 El sector privado (contrato de adhesión).....	35
2.2.2.1 La desigualdad objetiva y subjetiva de las partes en la formación del contrato..	36
2.2.2.2 Hacia un nuevo concepto de paciente.....	38
2.3 Tipo contractual de las prestaciones odontológicas según el derecho civil chileno.....	39
2.3.1 La relación médico paciente versus la relación dentista paciente.....	39
2.3.2 Tesis doctrinarias para calificar el contrato médico.....	40
2.3.3 Nuestra propuesta para el caso particular de la odontología en el sector privado: El contrato de arrendamiento de servicios.....	42
2.3.3.1 La tipicidad social a través de la figura del contrato a honorarios.....	42
2.3.3.2 Legitimación de la naturaleza jurídica de la prestación de salud que realiza el dentista.....	43
2.3.3.3 Es más coherente con la realidad.....	44
2.3.3.4 Contraargumentos de la doctrina para no aplicar el contrato de arrendamiento a la prestación médica y nuestra respuesta.....	45
2.4 Consentimiento informado en odontología.....	45
2.4.1 La publicidad y su influencia en la odontología.....	46
2.4.1.1 La regulación de este tipo de publicidad en nuestra legislación.....	47
2.4.2 La obligación de informar al paciente.....	51
2.4.3 El acceso a la ficha clínica en odontología.....	53
2.4.3.1 La ficha clínica y la relación médico-paciente.....	54
<b>CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ODONTÓLOGO.....</b>	<b>57</b>
3.1 Tipos de Responsabilidad.....	57
3.1.1 Responsabilidad civil.....	57
3.2 Responsabilidad civil contractual.....	58
3.2.1 Existencia de un contrato.....	58
3.2.2 Incumplimiento del contrato.....	58
3.2.3 El daño causado por el incumplimiento.....	59
3.2.4 Imputabilidad.....	60
3.3 Factores que influyen en la responsabilidad civil odontológica.....	61
3.3.1 La elaboración del historial clínico.....	61
3.3.2 El consentimiento informado.....	61
3.3.3 Infracción de protocolos sanitarios.....	62

3.4 Responsabilidad según el servicio donde se desarrolla la actividad.....	62
3.4.1 Servicios de salud públicos.....	62
3.4.2 Clínicas privadas.....	63
3.4.3 Consultorios particulares.....	63
3.5 Responsabilidad penal.....	64
3.6 Responsabilidad administrativa.....	66
3.7 Responsabilidad gremial.....	66

#### **CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA Y ADMINISTRATIVA.....68**

4.1 Jurisprudencia contenciosa nacional.....	68
4.1.1. Responsabilidad por falta de servicio.....	68
4.1.2. Falta de nexo causal entre la acción y el daño.....	68
4.1.3 Falta de uno de los requisitos de la responsabilidad contractual.....	69
4.1.4 Giro en la jurisprudencia en materia de reparación de daño moral.....	70
4.1.5 Evaluación judicial de los perjuicios.....	72
4.1.6 Falta en los deberes de información del paciente al odontólogo.....	73
4.1.7 Consentimiento informado al paciente.....	74
4.1.8 ¿Obligación de medios o de resultado?.....	75
4.1.9 Naturaleza de la obligación del odontólogo.....	76
4.1.10 Naturaleza del contrato.....	77
4.1.11 Corolario de la jurisprudencia estudiada.....	79
4.2 Jurisprudencia administrativa Ley GES.....	80
4.3 Jurisprudencia LPDC.....	82
4.4 Jurisprudencia Decreto Ley 211.....	83
4.4.1 Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rol 420-2014.....	83
4.4.2 Resolución de la Fiscalía Nacional Económica rol 2499-18.....	85
4.5 Jurisprudencia España.....	87
4.5.1 Sentencia Tribunal Supremo de 07-02-1990. ROJ 993/1990.....	87
4.5.2 Sentencia Tribunal Supremo de 25-04-1994. ROJ 2851/1994.....	88
4.5.3 Sentencia Tribunal Supremo de 28-06-1999. ROJ 4583/1999.....	90
4.5.4 Sentencia Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife de 28-10-2000. ROJ SAP TF 2708/2000.....	91
4.5.5 Sentencia Tribunal Supremo de 11-12-2001. ROJ 9669/2001.....	92
4.5.6 Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22-11-2007. ROJ SAP SS 1081/2007.....	93
4.5.7 Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 27-06-2014. ROJ SAP V 4161/2014.....	94

4.5.8 Sentencia Tribunal Supremo de 06-11-2019. ROJ 5426/2019.....	95
<b>CAPÍTULO V: DESAFÍOS PENDIENTES.....</b>	<b>97</b>
5.1 Marco normativo poco claro.....	97
5.2 Escasa fiscalización.....	97
5.3 Sobretratamiento con fines comerciales.....	98
5.4 Baja cobertura.....	99
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>100</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>102</b>

*A nuestra familia, por todo su amor, apoyo y paciencia en estos años de estudio.*

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene por objeto exponer y profundizar sobre la responsabilidad civil de los odontólogos en nuestro país, tema que no ha sido investigado ni desarrollado en forma metodológica por la doctrina nacional. La falta de tratamiento específico de la Odontología, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad de los médicos, se debe a que históricamente se le ha atribuido escasa importancia a la función del odontólogo, puesto que se le suele asociar meramente con la extracción de piezas dentales. Por lo anterior, es que este profesional de la salud siempre ha ocupado una posición inferior a la del médico aun cuando existen numerosos argumentos científicos que demuestran la importancia de la salud dental como base para tener una buena calidad de vida. Esto explicaría la falta de interés por parte de nuestra dogmática jurídica para analizar este tema.

De esta forma, el propósito de este trabajo es exponer la relación entre el Derecho y la Odontología, mostrar las características y elementos que distinguen la Odontología del resto de las especialidades médicas junto con analizar cómo se encuentra consagrada esta profesión en nuestra legislación nacional. Además, analizaremos la relación y naturaleza contractual entre el odontólogo y su paciente junto con precisar que tipos de responsabilidad pueden nacer de dicho vínculo jurídico. Finalmente, analizaremos una serie de sentencias nacionales y extranjeras que podrán ilustrar al lector como han abordado esta materia nuestros tribunales y los del derecho comparado durante los últimos años.

## INTRODUCCIÓN

Vivimos en una era de importantes avances en las áreas de la ciencia y la tecnología, y con esto, la transformación y especialización de las diversas ramas de la medicina. En este contexto, la medicina odontológica se ha visto tremendamente beneficiada, permitiendo solucionar problemas de alta complejidad, mejorando la salud y el bienestar general de las personas. Sin embargo, con el desarrollo de nuevas y modernas técnicas, de más subespecialidades, la labor del odontólogo es más susceptible de errores y desaciertos, los cuales pueden generar daños de diversa índole en los pacientes.

Existe así una correlación entre el desarrollo de la medicina odontológica y las denuncias por negligencia médica, dando paso a un estatuto específico de responsabilidad civil médica odontológica, el cual ha sido tratado, en su mayoría, desde la perspectiva del estatuto de responsabilidad médica general. En efecto, la responsabilidad civil por mala praxis de los médicos (o médico cirujano para ser más precisos), es un tema que se encuentra ampliamente desarrollado por la doctrina, tanto en el derecho civil comparado como en el nacional. Sin embargo, no ocurre lo mismo con otros profesionales de la salud, como es el caso de los odontólogos, donde su estatuto de responsabilidad se encuentra escasamente investigado en forma metódica por nuestra doctrina nacional.

En el presente trabajo monográfico, sostenemos que la responsabilidad sanitaria del odontólogo presenta características propias que la hacen merecer un estudio autónomo, configurando un nuevo estatuto de responsabilidad civil clínica, analizado bajo la perspectiva de la odontología legal.

En el primer capítulo, nos introducimos en la historia de la odontología como ciencia médica, su desarrollo en Chile, los principales hitos legislativos, marco normativo para el ejercicio de la profesión, y finalmente nuestra propuesta de concepto normativo de odontología.

El segundo capítulo de este trabajo se aboca a la revisión del contrato de prestación odontológica; marco jurídico de dicha relación, categorías contractuales, obligaciones del odontólogo y en especial, la del consentimiento informado, debido a su importancia dentro de la relación con el paciente.

El tercer capítulo aborda la responsabilidad odontológica; tipos de responsabilidad, elementos de la responsabilidad civil contractual y factores que influyen en la misma. Concluimos el apartado diferenciando la clase de responsabilidad aplicable según el servicio en el cual se desarrolla la actividad.

En el cuarto analizamos jurisprudencia nacional contenciosa y administrativa, y jurisprudencia relevante de España, que ilustran el desarrollo que ha experimentado la responsabilidad civil odontológica en las últimas décadas.

En el quinto capítulo exponemos una serie de que corresponderá abordar en el porvenir en el ámbito de la responsabilidad odontológica, entre los cuales destacan la ausencia de reglas legales y la escasa fiscalización de los organismos competentes para sancionar las malas prácticas de estos servicios en el ámbito privado.

Finalmente, las conclusiones abordan los hallazgos preliminares a los cuales hemos arribado, además de nuestras propuestas de mejora en la legislación y en políticas públicas.

## **CAPÍTULO I: ODONTOLOGÍA Y DERECHO**

### **1.1 Nociones generales.**

#### **1.1.1 Distinción entre odontología legal y odontología forense.**

La intersección entre la odontología y el derecho da pie a dos disciplinas legales distintas: la odontología legal y la odontología forense. La primera se caracteriza por un alto grado de injerencia por parte de las ciencias sociales, mientras que la segunda por el rol que cumple la ciencia médica.

La odontología legal nace al aplicar los conocimientos jurídicos al ejercicio profesional del cirujano-dentista, de tal manera que las prestaciones odontológicas sean conformes a derecho o siguiendo las prescripciones que determine la ley. Esta es definida como “la disciplina, ciencia o especialidad que en el ámbito médico-legal vincula al cirujano-dentista con la ley colaborando en la gestación y el estudio del ordenamiento jurídico que regula su ejercicio profesional habitual.”<sup>1</sup> En un sentido general, se preocupa del estudio y sistematización de las leyes, estatutos, reglamentos y cualquier documento que pueda afectar en cualquier sentido el ejercicio de la profesión. En un sentido más específico y desde el punto de vista del derecho civil, a la odontología legal le competen los siguientes temas<sup>2</sup>:

- 1) Descripción de la profesión de odontólogo y demás profesionales de la salud dental.
- 2) Funciones y competencias de estos profesionales.
- 3) Regulación de la atención en servicios públicos, clínicas y consultorios particulares.
- 4) Documentos odontológicos (historias clínicas, certificados, diagnósticos, etc.)
- 5) Derechos de los pacientes.
- 6) Responsabilidad profesional.
- 7) Códigos deontológicos en odontología.
- 8) Bioética.
- 9) Riesgos del odontólogo.

---

<sup>1</sup> CIOCCA G., L. 2009. Odontología Médico Legal, aspectos forenses, profesionales y sociales. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago. 22p.

<sup>2</sup> MOYA P., ROLDAN G., SANCHEZ S. 1994. Odontología Legal y Forense. Madrid, España. Editorial Masson. 4p.

Por otro lado, la odontología forense consiste en la aplicación de los conocimientos de la ciencia odontológica al servicio de la justicia con la finalidad de resolver determinados problemas que puedan surgir dentro de un proceso civil o penal<sup>3</sup>. Por lo anterior, es que también se le conoce a la odontología forense con el nombre de odontología médico-legal u odontología judicial, cuya mayor expresión se materializa con la confección de la prueba pericial que se le pide realizar al odontólogo especialista en dichas investigaciones. En un sentido más específico, los principales campos de aplicación de la odontología forense son, entre otras<sup>4</sup> :

- 1) Examinar y estimar la verdadera edad de una persona, ya que en determinadas ocasiones los dientes y los arcos dentarios pueden ofrecer mayor precisión que otros métodos científicos.
- 2) Examinar en casos de agresión física y/o sexual las marcas de las mordidas que deje el agresor en la víctima. Estas impresiones dentarias son localizadas, fotografiadas, analizadas y comparadas con el imputado con la finalidad de excluir o probar su culpabilidad.
- 3) Determinar todo lo relativo a la responsabilidad profesional; la valoración del daño corporal, simulación o disimulación de lesiones, comprobar si el profesional realizó la prestación odontológica conforme a la *lex artis*, entre otras.

### **1.1.2 Nacimiento de la odontología como ciencia médica.**

Desde el punto de vista científico, la odontología está estrechamente vinculada con los orígenes de la medicina, de la cual se ha desprendido en términos cronológicos de manera reciente. La medicina griega tuvo como máximo representante a Hipócrates, quien es considerado el verdadero fundador de la ciencia médica. Su principal mérito fue considerar la medicina como un arte humano, fijando los fines y obligaciones del médico, recopilando todos los conocimientos de su época y estableciendo los criterios esenciales de la ciencia médica cuales son la observación y el razonamiento; no dañar al enfermo y secundar la obra de la naturaleza en la sanación del paciente <sup>5</sup>.

Por otra parte, al revisar la historia de la odontología, sólo recién en el siglo XVIII Pierre Fauchard sistematiza el conocimiento odontológico en su obra *Le Chirurgien Dentiste*. Es a

---

<sup>3</sup> CHANG A., N. 2004. La Odontología Forense y la Justicia. Panamá, República de Panamá. Editorial Chen. 11 p.

<sup>4</sup> CHANG A., Op. Cit., 12p.

<sup>5</sup> COLIN M., J. 1997. Investigación histórica de la Facultad de Odontología y de sus etapas previas (1945-1995). Universidad de Chile. 17 p.

partir de esta publicación que se da inicio al periodo científico de la odontología, convirtiéndola en una disciplina autónoma, ya que hasta ese momento las prestaciones dentales eran consideradas más un arte que una ciencia. Fauchard realizó una especial diferenciación entre “cirujano dentista” y “dentista”, aclarando que el primero tenía estudios de cirugía o medicina y el segundo solamente entrenamiento dental, considerándola una profesión independiente, con su propio campo debidamente circunscrito de deberes y servicios. En su obra, prescribió un gran número de consejos prácticos, ilustraciones, diseño de prótesis, equipamiento, recomendaciones sobre cómo debe estar compuesto el gabinete del dentista, con lo cual se empiezan a sentar las primeras bases de la lex artis del odontólogo.

Sin embargo, en el año 1800 aún no estaban claros los límites entre la medicina y la odontología. Si bien la odontología ya contaba con bases científicas propias, muchos de los profesionales que la practicaban la consideraban como una rama de la medicina, y otros como una profesión independiente y separada. La formación profesional de carácter autónomo comenzó con la primera escuela de odontología del mundo que fue el Colegio de Cirugía Dental de Baltimore fundado en 1840. En América Latina la primera escuela dental se fundó en 1888, en Bogotá. Por su parte, la odontología como tal en Chile es una profesión joven que nace en el año 1911 con la creación de la escuela dental dentro de la facultad de medicina de la Universidad de Chile.

Como puede observarse, la odontología, desde su origen ha tendido a diferenciarse de la medicina, logrando convertirse en los últimos siglos en una ciencia autónoma aplicada al aparato estomatognático (zona maxilofacial y estructuras anexas que la integran) la cual realiza importantes funciones como masticación, deglución, fonación, respiración. Por ello es que las patologías iniciadas en las piezas dentarias no deben considerarse como fenómenos aislados, sino como verdaderos problemas de salud de una persona. Esta interpretación es armónica con el concepto de salud que brinda la OMS, que la define como “un estado de bienestar físico, psíquico y social y no solamente ausencia de enfermedad o accidente”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19-22 de junio de 1946; firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Actas oficiales de la Organización Mundial de la Salud, No. 2, p. 100) y que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

### 1.1.3 La relación entre la odontología y el derecho en la historia de la humanidad.

La práctica de la medicina ha estado unida a la ley desde los primeros códigos legislativos de la humanidad. Ejemplos de este tipo los encontramos en el código de Hammurabi (1760 a.C.) con 10 normas y 282 reglas sobre procedimientos médicos, siendo la pena para supuestos de mala praxis la aplicación de la ley del Talión, que en la mayoría de los casos tenía como consecuencia la amputación de las manos del médico.<sup>7</sup>

Al revisar la historia del derecho, encontramos referencias a la dentadura como un bien de relevancia jurídica. Por ejemplo, la expresión “ojo por ojo y diente por diente” que consagró la Ley del Talión se refiere a un principio jurídico de justicia retributiva, en que la norma imponía un castigo que se identificaba con el crimen cometido de tal manera de lograr aplicar una pena idéntica al daño causado. También en el Código de Hammurabi se estableció que aquel que rompiera un diente a otro, si este fuera su esclavo, debía darle su libertad; y si fuera un hombre libre habría que pagarle 1/3 de una mina de plata.<sup>8</sup>

La odontología legal y forense, ya mencionadas en el punto anterior, nacen formalmente a partir del año 1898 cuando el cirujano dentista de origen cubano Oscar Amoedo<sup>9</sup> publicó su libro *L'art dentaire en medecine légale*. Esta obra de gran extensión constituye la primera sistematización de los principales problemas de la odontología relacionados con el derecho. También abordó una serie de casos judiciales que ya habían sido planteados ante los tribunales en su época.

En síntesis, estas disciplinas se han desarrollado durante el tiempo siguiendo cierto paralelismo, ya que la odontología legal evoluciona junto con el derecho positivo, al legislarse sobre normas reguladoras del ejercicio profesional por un lado, y por otro, la odontología forense se enriquece constantemente de los nuevos avances de la ciencia médica<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> DIAZ-FLORES, V., CISNEROS, R., PEREA, B. 2011. La endodoncia en los tribunales españoles. Estudio de la jurisprudencia entre los años 1990 a 2010. Revista científica y dental. Volumen 8, Número 2. 133 p.

<sup>8</sup> WEINGARTEN., C. 1997. Responsabilidad por prestaciones odontológicas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 4p.

<sup>9</sup> Profesor de la Escuela Dental de París. Se graduó el 7 de julio de 1898, su tesis de grado se tituló: (El Arte Dental en la Medicina Legal), recibió palabras de elogio por este trabajo, el propio presidente del tribunal el profesor Bronardel, dijo: "No es una tesis, sino un tratado de Odontología que ha llenado una de las grandes lagunas que existían en cuanto a la identificación médico-legal". [https://www.ecured.cu/Oscar\\_Amoedo\\_Valdes](https://www.ecured.cu/Oscar_Amoedo_Valdes) (consultado el día 24 de enero de 2019).

<sup>10</sup> MOYA P., V. ROLDAN G., B. SANCHEZ S., J. Op. Cit., 7p.

## 1.2 La odontología en Chile.

### 1.2.1 El nacimiento de la odontología en Chile como disciplina autónoma de la medicina.

Previo al nacimiento formal de la profesión de dentista, las prestaciones odontológicas en Chile estuvieron a cargo de los flebotomos, ayudantes o simples mozos de otros prácticos que habían adquirido destreza en este oficio. Lo ejercían en piezas desaseadas, sin conocimientos de ninguna especie, y exhibían en la puerta de calle una enorme muela de madera de colores fuertes.<sup>11</sup>

El 18 de octubre de 1888 el presidente José Manuel Balmaceda y su ministro de instrucción el Dr. Federico Puga Borne dan vida a la primera escuela de dentistas anexa al hospital de San Vicente.

En septiembre de 1911 se produce un hito fundamental para el desarrollo de la odontología; se funda la nueva escuela de pregrado (que aún es la sede de la actual facultad de odontología de la Universidad de Chile). La escuela había itinerado por instalaciones inadecuadas e insuficientes durante una década. El recinto definitivo fue el resultado de la labor realizada por el doctor Germán Valenzuela Basterrica como médico forense en el proceso penal iniciado en 1909, conocido como el crimen de la legación alemana o el “crimen de Becker”. Este homicidio podría haber quedado impune, de no ser por la oportuna intervención pericial del doctor Valenzuela, que permitió esclarecer un crimen habilidoso y concienzudamente preparado que podría haber deteriorado las relaciones diplomáticas con el Estado de Alemania. Según relata la historia, el doctor logró identificar la verdadera identidad víctima que había fallecido en un incendio intencional en las oficinas de la Legación Alemana en Chile; preliminarmente se creía que se trataba del canciller Becker, y solo fue a través de la pericia de las piezas dentales del cadáver que se logró establecer que el fallecido era el portero del lugar, asesinado por el canciller para intentar huir del país luego de una serie de crímenes que había cometido. El presidente Pedro Montt llamó al doctor Valenzuela a su despacho, y junto con felicitarlo por su reconocida labor forense, le preguntó qué premio o recompensa prefería de parte del gobierno. El odontólogo le contestó: “la construcción de una escuela dental moderna que tanta falta le hace al país”<sup>12</sup>. Dos años después, en 1911 y bajo la presidencia de Ramón Barros Luco nace la escuela dental de la Universidad de Chile.

---

<sup>11</sup> Hitos históricos de la Facultad de Odontología de la Universidad de Chile. [http://web.uchile.cl/vignette/anales/CDA/an\\_sub\\_simple/](http://web.uchile.cl/vignette/anales/CDA/an_sub_simple/) (consultado el 30 de enero de 2019).

<sup>12</sup> COLIN M., J. Op. Cit., 52p.

### 1.2.2 Principales hitos legislativos de la odontología durante el siglo XX.

La ley 9.271, promulgada el año 1948, creó el Colegio de dentistas de Chile como una institución con personalidad jurídica, enfocada en el perfeccionamiento, la protección económica, social y la supervigilancia de la odontología. Se estableció un consejo general y varios consejos regionales, que ejercerían el control ético a lo largo del país, dado que la afiliación a este organismo era obligatoria. Además, en aquella época las municipalidades sólo otorgaban patente para el ejercicio de la profesión de cirujano dentista a quienes acreditaran estar inscritos en el Colegio de dentistas<sup>13</sup>.

En 1968, se promulga la ley N°15.076 que establece el “Estatuto del profesional funcionario” para médicos, farmacéuticos y cirujanos dentistas.

En 1970 se crea dentro del Ministerio de Salud la Secretaría técnica odontológica, para coordinar la actividad de la profesión en todo su ámbito, logrando así coordinar los servicios dentales existentes, fomentando la existencia de una política general de salud odontológica en la cual participaban los tres estamentos de la profesión; el colegio de dentistas, las universidades y el ministerio, logrando abarcar la odontología en su formación, gremiación y campo laboral.

Todo este desarrollo se vió truncado en el año 1973, iniciándose un proceso de desregulación de la odontología; se prohibió al colegio de dentistas elegir libremente a sus dirigentes, siendo designados por la autoridad gubernamental de facto, se modificó la carrera funcionaria, eliminándose los concursos para ingresar a servicios de salud y para designar las jefaturas correspondientes.

En 1979, a través del D.L. N°2.516 se fijan normas sobre aplicación de aranceles. Así, los profesionales pasaron a pactar libremente los honorarios con sus pacientes, creando tablas de aranceles solo referenciales. Además se estableció que para la contratación de un profesional ya no se requería el certificado de colegiatura, bastando el título profesional<sup>14</sup>. Ese mismo año se produce una reorganización dentro del Ministerio de Salud, creándose el Fondo Nacional de Salud (en adelante FONASA) y el Instituto de Salud Pública (en adelante ISP), junto con 27 servicios autónomos de carácter regional. También desapareció la Secretaría Técnica Odontológica, que fue reemplazada por una Asesoría Bucal.

---

<sup>13</sup><http://www.colegiodontistas.cl/inicio/2018/11/15/estamos-de-aniversario-70-anos-desde-la-creacion-del-colegio-de-cirujano-dentistas-de-chile/> (Consultado el 03 de febrero de 2019).

<sup>14</sup> COLIN M., J. Op. Cit., 650p.

Por su parte, el Colegio de dentistas perdió su naturaleza jurídica de colegio profesional, pasando a ser una asociación gremial (D.L. 3.163) cuya afiliación pasó a ser voluntaria para los nuevos profesionales.

Lo anterior provocó la pérdida absoluta de la potestad de fijar aranceles mínimos, relegando el control ético de la profesión al Poder Judicial. En el documento de *Política y antecedentes generales del sector de salud*, el Ministerio de Salud manifestaba: “La salud es un derecho de la persona. El rol del Estado es subsidiario, al Estado le compete garantizar a todas las personas, libre e igualitario acceso a las acciones de salud, sea quien sea el prestatario. Reconoce el derecho de las personas para elegir libremente dónde y con quién atenderse. Estos postulados fueron posteriormente incorporados a la Constitución Política de la República del año 1980 (artículo 19 N°9).”<sup>15</sup>

### **1.2.3 Realidad actual de la odontología en Chile: el mercado de la salud dental.**

Actualmente, la población en Chile que tiene acceso a la salud oral en el sistema público apenas alcanza un 6%, y se encuentra concentrada en los pacientes menores de 6 años<sup>16</sup>. Las medidas políticas descritas en el punto anterior contribuyeron de manera progresiva en la creación de un mercado privado de la salud dental y en la desregulación de la odontología, tanto en su esfera académica como laboral.

En el año 2020, de un total de 54 universidades que existen en Chile, 18 imparten la carrera de odontología<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, la formación actual de los odontólogos no está alineada en generar un perfil profesional cuyo principal objetivo sea el cumplimiento de las políticas establecidas por el Ministerio de Salud. Tampoco existe una regulación y estandarización común de los contenidos de formación del profesional odontólogo<sup>18</sup>. Según la OMS, los países que desean alcanzar el desarrollo deben contar con 1 dentista cada 2.000 habitantes. En el caso de Chile, considerando que somos cerca de 17 millones de habitantes, necesitaríamos unos 8.500 profesionales, sin embargo, tenemos 1 dentista cada 712 habitantes, lo que nos habla de una sobre oferta del 180%, dado el alto número de nuevos egresados cada año. Aquí se produce una paradoja: existe una sobreoferta del 180% de odontólogos, pero prácticamente el 70% de la población chilena no tiene acceso a la salud

---

<sup>15</sup> IBID.

<sup>16</sup> Propuestas de salud oral para Chile. Seminario realizado el 30 de junio de 2017 en el Colegio de Dentistas. 16p. ([http://www.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-oral-para-chile\\_136150\\_0\\_3449.pdf](http://www.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-oral-para-chile_136150_0_3449.pdf) (consultado el 6 de febrero de 2019).

<sup>17</sup> <https://especiales.latercera.com/ranking-universidades-2020/rankings-por-carrera/odontologia/> (consultado el 16 de junio de 2021)

<sup>18</sup> Universidad de Chile, Facultad de Odontología. 2013. “PROPUESTAS DE SALUD BUCAL PARA CHILE”, Comisión de Trabajo. 3p. [http://www.odontologia.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-bucal-para-chile-pdf\\_91283\\_0\\_5938.pdf](http://www.odontologia.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-bucal-para-chile-pdf_91283_0_5938.pdf) (consultado el 6 de febrero de 2019).

oral, y sólo puede optar a tratamientos principalmente de urgencia en el sistema público de salud<sup>19</sup>.

Si analizamos la oferta de prestadores de servicios odontológicos, podemos esquematizarla de la siguiente manera<sup>20</sup>:

- a) **Clínicas dentales privadas:** se trata de centros médicos de tamaño considerable que sólo realizan prestaciones odontológicas. En ellos, trabaja un número variable de odontólogos, con diversas especialidades.
- b) **Sistema privado independiente:** aquí los odontólogos trabajan de forma autónoma en su propia consulta privada.
- c) **Grandes empresas de salud privada:** se trata de megaprestadores de salud, en las que atienden numerosos profesionales en diferentes ciudades del país, siendo algunas parte de conglomerados multinacionales de salud, otras de Instituciones de Salud Previsional (en adelante, ISAPRE).
- d) **Sistema público:** son centros públicos, en que la atención es subsidiada por el Estado a los grupos más vulnerables, y que se centra principalmente en tratamientos de urgencia. Debería atender al 80% de la población, pero no cuenta con la infraestructura, profesionales necesarios, ni la cobertura suficiente, por lo que no da abasto con la demanda.

### 1.3 Marco jurídico de la odontología en Chile.

#### 1.3.1 Semejanzas de la medicina y la odontología en nuestro ordenamiento jurídico.

Debido al tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico dispone para la medicina y la odontología, que comparten ciertos elementos, expondremos algunas similitudes entre ambas:

- a) **La salud de las personas como objetivo común (art. 19 N°9 de la Constitución):** para el diccionario de la Real Academia Española, la medicina es la *“ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano”*<sup>21</sup>. En el caso de los odontólogos, estos deben lidiar con enfermedades que afectan la cavidad oral,

---

<sup>19</sup> CAGLIERI S., I. 2017. MIDENT, plan de negocios para optar al grado de magíster en administración (tesis de postgrado). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. 6p.

<sup>20</sup> CAGLIERI S., I. 2017. Op. Cit., 6p.

<sup>21</sup> Definición de Medicina otorgada por el Diccionario de la RAE, 21ª Edición, página 1345.

maxilofacial y/o sobre las estructuras o tejidos adyacentes, ya sea en su prevención o tratamiento. Es decir, no se restringe únicamente a las piezas dentales. En relación con lo anterior, el Ministerio de Salud reconoce que los dentistas también trabajan sobre la salud de las personas, señalando que *“la Salud Bucal es reconocida como una de las prioridades de salud del país, tanto por la prevalencia y severidad de las enfermedades bucales como por la mayor percepción de la población frente a estas patologías que afectan su salud general y su calidad de vida. La Política de Salud Bucal está orientada a la prevención y promoción de la Salud Bucal de la población, con énfasis en los grupos más vulnerables.”*<sup>22</sup> Lo anterior es refrendado por lo dispuesto en el plan nacional para la salud bucal para el período 2018-2030 donde se prescribe que *“la interrelación entre salud bucal y salud general se demuestra de manera consistente en la evidencia científica. Las enfermedades bucales han sido relacionadas con enfermedades cardiovasculares, diabetes, y resultados obstétricos adversos. Además, la cavidad bucal es el primer lugar donde pueden diagnosticarse enfermedades como deficiencia de vitamina B-12, desórdenes alimenticios y los primeros signos clínicos de VIH. La salud bucal es parte fundamental de la salud general, por lo tanto, su cuidado es parte del cuidado integral de la salud y bienestar de las personas.”*<sup>23</sup>.

En conclusión, podemos apreciar que tanto médicos como dentistas tienen un vínculo común con las enfermedades que afectan al cuerpo humano, cada uno en la zona del cuerpo que les compete de acuerdo a su especialidad, y ambas profesiones tienen la capacidad de prevenir o tratarlas, pudiendo examinar, diagnosticar y prescribir a sus respectivos pacientes. Este objetivo común es también una consecuencia del mandato constitucional contenido en el art 19 N°9 de nuestra Carta Magna, que asegura el derecho a la protección de la salud.

**b) Trato similar en el Código Sanitario:** este cuerpo normativo consagra en el Libro V, bajo el epígrafe del *“Ejercicio de la medicina y profesiones afines”*, una disposición básica contenida en el artículo 112 sobre el ejercicio en Chile de las profesiones y actividades que tienen por objeto el restablecimiento y conservación de la salud de las personas, estableciéndose una norma de tratamiento igualitario para ambas

---

<sup>22</sup> <https://www.minsal.cl/salud-bucal/> (consultado el 8 de febrero de 2019).

<sup>23</sup> Plan nacional de salud bucal 2018-2030. Subsecretaría de Salud Pública. División de Prevención Y Control de Enfermedades Departamento de Salud Bucal. Página 17.

profesiones. Asimismo, señala iguales exigencias de tipo académico para obtener la habilitación para el ejercicio de la profesión.

- c) Trato similar en el Código Penal:** el artículo 313 a. del Código Penal (que vendría a ser la versión punitiva del artículo 113 del Código Sanitario, en cuanto castiga el ejercicio ilegal de la medicina y de profesiones análogas) contempla bajo el epígrafe *“crímenes y simples delitos contra la salud pública”* lo siguiente: “El que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”. Además, el artículo 491 del Código Penal sanciona específicamente el delito culposo de quien cause mal a las personas en el desempeño de su profesión, para el caso del médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano y matrona, delito conocido comúnmente como negligencia médica.
- d) Ambas profesiones están habilitadas para prescribir medicamentos:** la receta médica es el documento vinculado a la prestación de salud y que prescribe los medicamentos requeridos para el apropiado manejo de la enfermedad diagnosticada. El Ministerio de Salud define la receta médica en el artículo 33 del D.S. N° 466/1984 como *“el instrumento privado, gráfico o electrónico, mediante el cual el profesional habilitado para prescribir indica a una persona identificada y previamente evaluada, como parte integrante del acto médico y por consiguiente de la relación clínica, el uso y las condiciones de empleo de un producto farmacéutico, por su denominación común internacional (D.C.I.) o su denominación de fantasía si lo prefiere.”*<sup>24</sup> En relación a lo anterior, el artículo 34a de este mismo cuerpo legal señala expresamente que la receta podrá ser extendida por médico cirujano, cirujano dentista, médico veterinario, matrona o cualquier otro profesional legalmente habilitado para hacerlo.
- e) Reglamento de certificación de especialidades médicas y odontológicas**<sup>25</sup>: este instrumento legal somete al mismo proceso de certificación de especialidades a los médicos y cirujanos dentistas, estableciendo un conjunto de reglas y principios que

---

<sup>24</sup> D.S. N° 466/1984: Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados.

<sup>25</sup> Decreto N° 8 del Ministerio de Salud del año 2013.

disponen la forma en que entidades autorizadas de conformidad a la ley, certifican competencias de los prestadores individuales en las áreas de la salud respectivas.

### **1.3.2 ¿Qué es la odontología conforme a nuestra legislación sanitaria?**

El Código Sanitario, el Código Penal y diversas leyes especiales se refieren en forma general a la odontología, sin embargo, no existe una definición legal que fije los límites de esta profesión, como sí ocurre en el derecho comparado.

Por ejemplo en Argentina, la ley 17.132 artículo 2º, inciso b, establece que ejercer la odontología es “anunciar, prescribir, indicar o ampliar cualquier procedimiento directo o indirecto destinado al diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades bucodentomaxilares de las personas y/o a la conservación, preservación, o recuperación de la salud bucodental; el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el art.24”<sup>26</sup>.

El problema de no contar con una definición normativa de odontología radica en la incertidumbre que genera la falta de límites entre la labor del cirujano dentista y el médico cirujano. Esta confusión alcanzó a los tribunales superiores de justicia, siendo la Corte Suprema quien zanjó la discusión el año 2011. Dicha discusión versó sobre la pretensión del recurrente que consistía en que se declarase ilegal y arbitraria la negativa de la Isapre Cruz Blanca S.A. de brindar cobertura completa a la prestación médica realizada a su hija. El recurrente argumentó que se trataba de una prestación odontológica, la cual no se encontraba cubierta por el plan de salud contratado. Por su parte, el recurrente argumentó que la prestación referida no era de naturaleza dental, ya que según la prueba instrumental aportada, el tratamiento no requería de acción sobre piezas dentarias. La Corte concluye que la prestación realizada a la hija del recurrente era de naturaleza dental, señalando en el considerando 2º de su sentencia: *“Que, al contrario de lo afirmado por el recurrente, la prestación es de carácter odontológico, según lo demuestra el análisis de la prueba, particularmente el informe dirigido a este tribunal, emanado del Instituto Médico Legal, que concluyó que la naturaleza de la atención brindada a la paciente es indudablemente una prestación odontológica. El fundamento de esta conclusión radica en que el campo de acción del odontólogo no se circunscribe a la cavidad bucal y piezas dentarias, sino que abarca el sistema estomatognático, que es una unidad morfo funcional perfectamente definida ubicada en la región craneofacial y que comprende las estructuras combinadas de la boca y los maxilares y mantiene con el resto del organismo una interrelación recíproca y constante”*<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> WEINGARTEN., C. Op. Cit., 4p.

<sup>27</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 2 de noviembre de 2011, Rol 5585-2011 (constitucional), considerando 2º.

Así la Corte Suprema logra, a través del informe pericial solicitado al Instituto Médico Legal, precisar el campo de acción del cirujano dentista.

Para poder acercarnos una definición de odontología en nuestra legislación, exhibiremos algunas definiciones relevantes, que han sido elaboradas por los máximos organismos internacionales y nacionales sobre la materia:

- a) **Asociación Americana de cirujanos orales y maxilofaciales:** “Se resuelve, que la odontología se define como la evaluación, el diagnóstico, la prevención y/o tratamiento (procedimientos no quirúrgicos, quirúrgicos o relacionados) de enfermedades, trastornos y/o condiciones de la cavidad oral, maxilofacial área y/o la estructuras adyacentes y asociadas y su impacto en el cuerpo humano; proporcionado por un dentista, en el ámbito de su educación, formación y experiencia, de acuerdo con la ética de la profesión y de la legislación aplicable.”<sup>28</sup>
  
- b) **OMS (informe técnico en higiene dental):** “El adjetivo dental se aplica no sólo a los dientes sino a todos los objetos, actos y programas relaciones con el cuidado de la cavidad bucal y de las estructuras periodontales. De igual modo la palabra dentista designa a toda persona profesional y legalmente capacitada para tratar las enfermedades de la cavidad bucal y de las estructuras relacionadas con ella, y no solamente los dientes.”<sup>29</sup>
  
- c) **Facultad de odontología de la Universidad de Chile:** “La odontología, puede ser definida como la especialidad y área del conocimiento de las ciencias de la salud, encargada del diagnóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato estomatognático (palabra que proviene del griego “στόμα” que significa boca y “γνάθος” que significa maxilares); es decir incluye el conjunto de órganos y tejidos utilizados para comer, hablar, pronunciar, masticar, deglutir, sonreír, respirar, besar, succionar y expresión facial. El aparato se ubica en la región cráneo-facial entre las zonas orbitarias y zona del hueso hioides. Esta área incluye estructuras: órganos dentarios, encías, lengua, paladar, mucosas, glándulas salivales, orofaringe y articulación témporo mandibular.”<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup><http://www.centreoms.com/admin/storage/news/ADA%20Definition%20of%20OMS%20and%20Dentistry.pdf> (consultado el 12 de febrero de 2019)

<sup>29</sup>[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38196/WHO\\_TRS\\_298\\_spa.pdf;jsessionid=22C08CFAE9D00298B24C0B34F2346B7D?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/38196/WHO_TRS_298_spa.pdf;jsessionid=22C08CFAE9D00298B24C0B34F2346B7D?sequence=1). pdf, pág 5 (consultado el 13 de febrero de 2019).

<sup>30</sup> MOTZFELD., R. Guía de términos odontológicos. 2013. Introducción a la Odontología. Departamento de Odontología restauradora. Facultad de Odontología, Universidad de Chile. Pág. 3.

### 1.3.3 La habilitación profesional del ejercicio de la odontología en Chile.

Es necesario precisar quiénes son considerados profesionales de la odontología en nuestro sistema de salud. En parte, porque los elementos para que se configure la responsabilidad civil odontológica sólo se aplican a aquellos sujetos de derecho que poseen esta característica. Quienes no ostentan esta calidad, incurrir en el delito de ejercicio ilegal de la profesión, tipificado en el artículo 313 letra a) del Código Penal, y la responsabilidad civil será de carácter ordinario, en el sentido de no exigirse los presupuestos propios de la *lex artis* odontológica.

Por otra parte, el Código Sanitario es el cuerpo normativo específico que regula las materias relacionadas con la salud pública en Chile. Señala en su artículo 112 que *“sólo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones.”*

Para que el título profesional de odontólogo sea válido en los términos señalados, la institución de educación superior que imparta la carrera debe estar acreditada conforme lo dispone el artículo 27 incisos 1° y 5° de la Ley 20.129<sup>31</sup>. En el caso de los dentistas que hayan obtenido su título profesional en el extranjero, deberán convalidarlo a través de las cuatro modalidades existentes:

I. Vía Ministerio de Relaciones Exteriores para los países adscritos a la Convención de México de 1902 (Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú) y/o con convenios bilaterales vigentes (Brasil, Colombia, Ecuador, Uruguay, Argentina, España).

II. Vía Universidad de Chile según lo dispuesto en el artículo 3°, 12 y 14 del D.F.L. N°153 de 1981, D.S. N°161 de 2002, ambos del Ministerio de Educación; Decretos Universitarios

---

<sup>31</sup> Artículo 27 Ley 20.129. Establece un sistema nacional de acreditación de la calidad de la educación superior.

Inciso 1° Las carreras y programas de estudio conducentes a los títulos profesionales de Médico Cirujano, Cirujano Dentista, Profesor de Educación Básica, Profesor de Educación Media, Profesor de Educación Diferencial o Especial y Educador de Párvulos deberán someterse obligatoriamente al proceso de acreditación establecido en este párrafo.

Inciso 5° Sólo las universidades acreditadas podrán impartir las carreras y programas referidos en este artículo, siempre que dichas carreras y programas hayan obtenido acreditación.

N°006895 de 1993, N°0010.072 de 1998, N°2358 de 1996 y N°4763 de 2002, y lo aprobado por el Consejo Universitario en su XI Sesión Ordinaria, de 25 de octubre de 2005.<sup>32</sup>

III. Vía Ministerio de Educación para profesionales egresados de universidades argentinas reconocidas y con título de carrera acreditada por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria.

IV. Vía Ley N° 19.074 de 1991, que otorga convalidación automática de títulos obtenidos en el exterior a chilenos que salieron del país antes del 11 de marzo de 1990 por razones de fuerza mayor, y que hubieren retornado.

Además, para que un odontólogo en Chile pueda brindar tratamientos cubiertos por la Ley GES, debe inscribir su título profesional en el Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud el cual es administrado por la Superintendencia de Salud (en adelante SIS).<sup>33</sup>

#### **1.3.4 Delimitación de la prestación odontológica conforme a nuestra legislación.**

Conforme al artículo 115 Código Sanitario, los cirujano-dentistas *“sólo podrán prestar atenciones odonto-estomatológicas. Podrán, asimismo, adquirir o prescribir los medicamentos necesarios para dichos fines, de acuerdo al Reglamento que dicte el Director General de Salud.”*

La atención odontoestomatológica comprende una serie de especialidades que puede ejercer el cirujano-dentista. Consideramos importante enunciar las distintas especialidades odontológicas que contempla nuestra legislación junto con su contenido técnico correspondiente, para de esta manera poder precisar jurídicamente su finalidad respecto del paciente y delimitar la prestación odontológica en sí misma, que puede ser fuente de responsabilidad civil.

Estas especialidades se encuentran definidas en el Decreto Exento número 31, del año 2013 emitido por el Ministerio de Salud.<sup>34</sup> Debemos tener presente esta regulación cuando analicemos si la obligación del odontólogo es de medios o resultado, ya que como se examinará, el tipo de tratamiento hace variar la naturaleza jurídica de la prestación.

---

<sup>32</sup><http://www.odontologia.uchile.cl/informacion-general/revalidacion-de-titulo-profesional/51426/reglamento-de-revalidacion> (consultado el 16 de febrero de 2019)

<sup>33</sup> Por razones metodológicas hemos excluido la definición de la especialidad de “Salud Pública” dado que su objetivo principal es generar políticas de salud que sean de beneficio para la comunidad y no el ejercicio de un tratamiento odonto-estomatológico en específico.

<sup>34</sup> <http://www.supersalud.gob.cl/servicios/669/w3-article-6023.html> (consultado el 16 de febrero de 2019)

- 1) **La cirugía y traumatología bucomaxilo-facial:** es la especialidad odontológica responsable del diagnóstico y tratamiento médico-quirúrgico de las enfermedades y sus secuelas, que involucran aspectos morfo funcionales de los tejidos duros y blandos de la cavidad bucal y del territorio cráneo-maxilo facial, e incluyen el tratamiento de patología quirúrgica estomatológica, el tratamiento del trauma cráneo facial, el tratamiento de neoplasias benignas, el tratamiento de las anomalías del desarrollo, del dolor, de los trastornos temporomandibulares y de las infecciones cérvico faciales.
- 2) **Endodoncia:** es la rama quirúrgica de la odontología que se ocupa de la morfología, fisiología y patología del complejo pulpo-dentinario y los tejidos peri radiculares. Su estudio y práctica abarcan las ciencias clínicas básicas incluyendo biología de la pulpa normal, etiología, diagnóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades y lesiones de la pulpa, y de las condiciones peri radiculares asociadas.
- 3) **Imagenología:** es la especialidad odontológica y disciplina de la radiología relacionada con la producción e interpretación de imágenes, y la información producida por todo tipo de modalidades de energía radiante, utilizados para el diagnóstico y manejo de enfermedades, desórdenes y condiciones de la región oral y maxilofacial.
- 4) **Implantología:** es aquella área de la odontología responsable del diagnóstico, pronóstico y ejecución del tratamiento del desdentamiento parcial y total de los maxilares y de secuelas a nivel de los componentes básicos del sistema estomatognático, a través de la retención y anclaje de los aparatos protésicos a implantes óseo-integrables, insertados en los maxilares.
- 5) **Odontopediatría:** es la especialidad de la odontología dedicada a mejorar la calidad de vida de las niñas y niños, brindando un atención integral en salud bucal de alta excelencia, oportuna, eficaz y eficiente, con un trato humanizado y de calidad, interactuando con los equipos multidisciplinarios de salud, con adecuado uso de los recursos disponibles, realizando acciones de promoción, prevención y rehabilitación, teniendo presente las características de este ser humano en proceso de desarrollo y maduración, perteneciente a una familia y comunidad, incorporando valores éticos y morales.
- 6) **Ortodoncia:** es el área de la odontología relacionada con la supervisión, guía y corrección de las estructuras dento-faciales maduras y en crecimiento. Esta definición incluye las condiciones que requieren movimiento dentario, corrección de malposiciones y malformaciones de las estructuras asociadas, ya sea mediante el

ajuste de las relaciones intermaxilares de huesos faciales, sea por aplicación de fuerzas redirección de fuerzas funcionales en el complejo craneofacial. Las más altas competencias de esta especialidad incluyen el diagnóstico, prevención, intercepción y tratamiento de todas las formas de maloclusión dentaria y alteraciones asociadas de las estructuras subyacentes; el diseño, aplicación y control de aparatos funcionales y correctivos; y la guía de la dentición y sus estructuras de soporte, con el objetivo de lograr óptimas relaciones fisiológicas y armonía estética entre las estructuras craneofaciales.

- 7) **Patología oral:** es la especialidad de la odontología que se dedica al estudio o diagnóstico de las diferentes enfermedades de caries, gingivitis, enfermedad periodontal, que afectan al territorio bucal y maxilofacial, valiéndose de medios clínicos, imagenológicos, microscópicos, y de laboratorio, así como también al manejo terapéutico de los pacientes que las padecen.
- 8) **Periodoncia:** es la especialidad de la odontología que abarca la promoción, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y condiciones que afectan a los tejidos que soportan a los dientes, o a sus sustitutos, y la mantención de la salud, función y estética de estas estructuras y tejidos.
- 9) **Rehabilitación oral:** es una especialidad de la odontología que incluye el diagnóstico, planificación de tratamiento, rehabilitación y mantención de las funciones orales y para-orales, la comodidad del paciente, apariencia y salud de condiciones clínicas asociadas con la pérdida de dientes y/o tejidos del área dento-alveolar usando sustitutos biocompatibles.
- 10) **Sub especialidad de somato-prótesis:** es la rama de la odontología que comprende la rehabilitación morfo funcional de las estructuras craneofaciales intra y para bucales dañadas, pérdidas ausentes cualquiera sea su etiología, mediante dispositivos artificiales (prótesis maxilo-faciales) con fines reconstructivos de la anatomía, función y estética adecuada, conservando las estructuras remanentes ya sean duras o blandas en buen estado de salud, con el fin de reincorporar al individuo a la sociedad en condiciones físicas y psicológicamente aceptables, que le permitan una vida de relación plena y saludable.

### **1.3.5 Nuestra propuesta para un concepto normativo de odontología.**

Las consideraciones normativas expuestas nos permiten definir la odontología en Chile como *la ciencia y arte de prevenir y curar las enfermedades del aparato odonto-estomatológico del ser humano a través del diagnóstico, pronóstico y tratamiento en pacientes o consultantes, en forma directa o indirecta, cuya finalidad puede ser de tipo terapéutica, estética o ambas conjuntamente.*

El concepto que proponemos es el resultado de armonizar las referencias normativas analizadas precedentemente. En síntesis, los artículos del Código Penal citados identifican la odontología como una ciencia médica, las normas del Código Sanitario nos revelan cómo se desarrolla el ejercicio de dicha ciencia médica, la cual tiene como objeto el aparato odonto-estomatológico del ser humano (lo cual ha sido señalado por distintos organismos especialistas en la materia, y es relevante para entender que la odontología no se limita únicamente a las piezas dentarias), y finalmente el Decreto Exento número 31 del Ministerio de Salud, que es claro en precisar que las distintas especialidades de esta profesión pueden tener tanto una finalidad terapéutica como estética.

## **CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE PRESTACIÓN ODONTOLÓGICA**

### **2.1 Marco jurídico de la prestación odontológica.**

La prestación odontológica que se desarrolla dentro del ámbito contractual está compuesta por una serie de elementos que delimitan tanto la naturaleza del contrato como los efectos que este produce. En principio, son las partes quienes de modo autónomo establecen aquellas condiciones que se ajustan mejor a sus intereses, y prevalecerán mientras no sean contrarias a derecho, o por la propia disposición de las mismas.

En ese sentido, la ley pasa a formar parte del contrato de prestación odontológica a través de la integración, fórmula establecida en el artículo 1.546 del Código Civil, que señala que “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

Del universo normativo en Chile, hemos identificado una serie de leyes que se incorporan al contenido contractual en la relación dentista-paciente, y los eventuales procedimientos que puedan surgir para reclamar los daños ocasionados debido situaciones que vulneren los derechos de los usuarios.

A continuación analizaremos: Código Sanitario, resolución exenta N°1031, de 2012 del MINSAL protocolos N°1 y N°2, resolución exenta N°652, de 1995 del MINSAL: norma general técnica N°6 sobre atención odontológica, ley 20.584 de derechos y deberes del paciente, ley 19.496 que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores, ley 19.966 que establece un régimen de garantías de salud, y finalmente las guías clínicas auge sobre fisura labiopalatina, salud oral integral para niños y niñas de 6 años, salud oral integral de adultos de 60 años del año 2010 más su actualización en el año 2015 respecto de prevención y tratamiento de caries radicales, salud oral integral de la embarazada, y urgencias odontológicas ambulatorias.

De las normas anteriormente mencionadas, nos detendremos en precisar qué es un protocolo o guía clínica; la doctrina ha señalado que corresponden a “la cristalización escrita de criterios de prudencia, sin que constituyan verdades absolutas, universales, únicas y obligatorias en su cumplimiento, pero permiten habitualmente definir lo que se considera, en ese estado de la ciencia, práctica médica adecuada y prudente ante una situación concreta, fijando por

escrito la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, lo que equivale a positivizar o codificar la *lex artis*.”<sup>35</sup>

### **2.1.1 Código Sanitario**

El DFL 725, publicado el 31 de enero de 1968, señala en su artículo primero que “El Código Sanitario rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes”. En este sentido, dicha regulación es la base de toda la regulación sanitaria del país, la que en conjunto con los reglamentos dictados en forma complementaria, permiten conocer de antemano las condiciones mínimas exigidas por la autoridad para el ejercicio de la actividad odontológica.

### **2.1.2 Ley 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.**

El 24 de abril del año 2012 se publicó en Chile la ley 20.584 de derechos y deberes de los pacientes, que constituye el marco general de las prestaciones de salud en nuestro país. Esta normativa abarca a los prestadores institucionales de salud tanto públicos como privados; a profesionales de la salud y a los propios pacientes, su familia o acompañantes. El principal objetivo de esta normativa es lograr el respeto de los derechos del paciente en su proceso de atención de salud, lo cual comprende el periodo desde el ingreso a un establecimiento de sanitario hasta su salida.

Esta legislación de carácter especial vino a completar una importante área en nuestro derecho civil. Para Carlos Pizarro Wilson “la ley discutida por largo tiempo en el parlamento, ratifica que en el Código Civil no hay una regulación comprensiva de los derechos de los pacientes en forma sistemática y adecuada a la concepción actual de la persona.”<sup>36</sup> En efecto, dicho cuerpo legal sólo tiene normas referentes a la salud respecto de la protección de la vida y o la salud del que está por nacer, y respecto de la protección de la salud de niños, niñas y adolescentes.

Con la entrada en vigencia de la ley 20.584 se logra positivizar una serie de derechos fundamentales que han sido reconocidos en tratados internacionales suscritos por Chile, como el derecho a la autodeterminación o la libertad personal. A continuación, exponemos

---

<sup>35</sup> GALÁN C., J. 2014. Responsabilidad civil médica. Editorial Aranzadi, 4° edición Pamplona, España. Aranzadi. 186p.

<sup>36</sup> PIZARRO W., C. 2014. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. Revista Chilena de Derecho, Volumen 41 Número°3. Santiago, Chile. 827 p.

un resumen con los principales derechos expresamente consagrados en los respectivos artículos esta ley:

**Art. 2.-** A recibir una atención de salud oportuna y sin discriminación.

**Art.4.-** A recibir una atención de calidad y segura, según protocolos establecidos<sup>37</sup>.

**Art. 5.-** A un trato digno y respetuoso. Este derecho comprende que el personal de la salud debe utilizar un lenguaje adecuado, inteligible, cortés y amable con el paciente y respetar su honor y vida privada.

**Art. 6.-** A tener compañía y a recibir consejería y asistencia religiosa o espiritual.

**Art. 7.-** A recibir una atención de salud con pertinencia cultural y a la asistencia religiosa de su propia cultura. (Lo anterior sólo aplica respecto de prestadores institucionales públicos; en territorios con alta concentración indígena y a personas de pueblos originarios).

**Art. 8 y 11.-** Derecho de información administrativa y de costos. Esto implica que el paciente tiene derecho a conocer los tipos de acciones de salud y su valor; requisitos previsionales y de admisión; reglamentos internos; recibir por escrito y después de la atención los valores de cada procedimiento en detalle.

**Art. 9, 10 y 11.-** Derecho de información clínica. Consiste en que el paciente puede conocer la identidad del equipo de salud y del profesional responsable; información sobre su estado de salud, diagnóstico, alternativas de tratamiento disponibles y sus riesgos, pronóstico esperado, y recibir un informe legible cuando sea dado de alta.

**Art. 14.-** Derecho al consentimiento informado. Se traduce en el derecho del paciente a recibir toda la información respecto de la atención de salud ofrecida, riesgos y alternativas, lo cual le permite otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento. Más adelante profundizaremos en esta materia.

### **2.1.3 Ley 19.496, que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores.**

Resulta pertinente señalar que la aplicación de la ley 19.496 del año 1996 sobre protección de derechos de los consumidores (en adelante LPDC), progresivamente ha expandido su ámbito normativo a temas relacionados a situaciones en que se vulneran los derechos de los pacientes.

---

<sup>37</sup> El contenido específico de este derecho fue fijado mediante la Resolución Exenta N° 1031 de 17/10/2012 del Ministerio de Salud, publicada en el D.O. de 22/10/2012.

La LPDC en su artículo 2 letra f), incluye dentro de su esfera de aplicación los actos y contratos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud. Sin embargo, la misma ley excluye de forma expresa las prestaciones de salud, todo lo relacionado a la calidad de éstas; la acreditación y certificación de los prestadores ya sean públicos o privados, individuales o institucionales; su financiamiento a través de fondos o seguros de salud y en general, de cualquiera otro asunto que esté regulado en leyes especiales. No obstante, el artículo 2 bis de la misma ley contempla una norma de supletoriedad en caso de existir leyes especiales, en los asuntos donde esté comprometido el interés colectivo o difuso y en lo relativo a interponer una acción de indemnización de perjuicios conforme a las reglas de la LPDC en caso de incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores.

Parece ser entonces que en materias relacionadas con las prestaciones de salud una persona natural no podría invocar la calidad jurídica de “*consumidor*” ante un hospital, clínica, médico, o de cualquiera de aquellos que la ley llama “*prestadores de salud*”.

No obstante lo anterior, al analizar cómo se desarrolla actualmente el ejercicio profesional de la odontología en el sector privado, es posible observar que presenta características propias del Derecho de Consumo, haciendo que las normas contenidas en la LPDC le resulten plenamente aplicables. A continuación, analizaremos las semejanzas entre dicha norma y la Ley 20.584.

### **2.1.3.1 Semejanzas entre la Ley 19.496 y la Ley 20.584.**

#### **I. Conceptos de consumidor y paciente.**

Nuestra legislación sanitaria no define el término paciente, sin embargo, lo podemos conceptualizar, en nuestras propias palabras, como toda persona natural que actualmente está padeciendo una enfermedad o por el contrario se encuentra en un estado de bienestar físico y mental pleno, y que en virtud de la autonomía de la voluntad recibe por parte de un profesional de la salud un servicio sanitario que puede estar destinado a solucionar terapéuticamente una patología que es padecida en alguna parte de su cuerpo o para recibir un servicio no curativo que generalmente es motivado por razones estéticas. Por otra parte, el art. 1 n°1 de la LPDC señala que el consumidor es “toda persona natural (...) que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”. Según Marcelo Nasser Olea “las similitudes entre los conceptos de consumidor y paciente (...) resultan claras, tanto como las razones que el legislador ha tenido en consideración para proteger a la parte más débil de la relación. Tales razones deben vincularse con la llamada *asimetría en la información* con que cuentan los pacientes y sus

prestadores, así como los consumidores y los proveedores, nervio y sustancia de toda legislación de consumo.”<sup>38</sup>

## **II. Conceptos de prestador y de proveedor de servicios.**

El art. 3 de la ley 20.584 establece que el prestador “es toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud.” Por su parte, el art.1 n°2 de la LPDC define proveedor de servicios como “las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que habitualmente desarrollen actividades de (...) prestación de servicios a consumidores por las que se cobra un precio o tarifa, sin que pueda considerarse como proveedor a quien posea un título profesional y ejerza en forma independiente.”

Existe controversia en la doctrina, ya que por regla general las denominadas “*profesiones liberales*” no serían reguladas por la LPDC, dado que su ejercicio profesional se caracteriza por un vínculo de confianza que existe entre un profesional y su cliente. En razón de esto, la regulación de dichas profesiones ha quedado relegada a los códigos de ética profesional que establecen los respectivos gremios o en subsidio, a la justicia ordinaria. Además ha señalado que el ámbito de aplicación de la LPDC es para regular actos de consumo celebrados en masa por empresas mercantiles ya que allí es donde se generan mayores problemas de calidad en el servicio que se brindan a un importante número de consumidores y por otra parte, al tener una organización económica de tipo empresarial debieran ser capaces de responder satisfactoriamente del nivel de riesgo que genera su actividad económica<sup>39</sup>. Incluso se ha estimado que los Juzgados de Policía Local carecen de la preparación necesaria para conocer de este tipo de litigios, dado el carácter técnico de la naturaleza del eventual conflicto.<sup>40</sup>

La situación se torna compleja en el sector de la salud y sobre todo en la odontología. La discusión radica en qué se entiende por “*personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente*”. La pregunta de fondo es ¿cuándo un profesional podría tener la calidad de proveedor?. Al respecto, una postura señala que si los servicios son entregados a través de una sociedad de profesionales debiera aplicarse la LPDC<sup>41</sup>. Otra

---

<sup>38</sup> NASSER O., M. 2014. Derechos y Deberes de los Pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. Santiago, Chile. 77 y 78p.

<sup>39</sup> AMIGO J., R. 2006. Cuadernos de extensión jurídica. La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida de la ley 19.955 de 2004. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. 39p.

<sup>40</sup> Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

<sup>41</sup> IBID.

postura atiende a revisar si existe el elemento de masividad en la celebración de los actos de consumo, que permita presumir una asimetría entre el consumidor y su proveedor<sup>42</sup>.

Nosotros adherimos a la respuesta que asimila el concepto de proveedor con el de empresario<sup>43</sup>. Ricardo Sandoval define empresa como una “persona natural o jurídica que, siendo titular de una empresa desarrolla, habitualmente actividades de (...) prestación de servicios a consumidores, por las que cobra un precio o tarifa.”<sup>44</sup> Esta postura pone el acento en la organización económica con la cual se prestan los servicios profesionales más que en la figura jurídica que adopta el profesional o proveedor. Este razonamiento es coherente con la evolución que ha tenido el desarrollo del ejercicio profesional de la odontología durante los últimos 20 años.

En términos generales, el mercado actual de la odontología en el sector privado se puede dividir en dos grandes grupos: los odontólogos que atienden de forma particular en sus consultas y los centros de atención odontológica. “La primera, la atención directa de odontólogos en sus consultas particulares, es el modelo tradicional y más antiguo para satisfacer la demanda de salud bucal, en la cual los pacientes (consumidores) reciben los servicios de un odontólogo en particular, acotado a la especialidad que el profesional ofrece. El segundo modelo para satisfacer la demanda de salud bucal, es la de centros de atención odontológica, en donde en un mismo lugar, se pueden entregar amplios y diferentes servicios asociados a la odontología, a través de varios odontólogos con diferentes especialidades e infraestructura requerida para tratamientos y servicios de mayor complejidad; es una atención integral al paciente, la cual adicionalmente puede entregar mejores condiciones comerciales a los pacientes, ya sea a través de convenios con empresas y formas de pago.”<sup>45</sup> Además, el mismo gremio de cirujanos dentistas recomienda que sus facultativos se constituyan como una persona jurídica de corte empresarial, ya sea EIRL, SRL o SpA dependiendo si el odontólogo trabajará de manera particular o en una clínica<sup>46</sup>.

En cuanto al requisito de la masividad de los actos de consumo en que debe incurrir el proveedor, lo revisaremos en el punto 2.5 más adelante.

---

<sup>42</sup> IBID.

<sup>43</sup> AMIGO J., R. 2006. Op Cit. 32p.

<sup>44</sup> SANDOVAL L., R. 2004. Derecho del Consumidor. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 62p.

<sup>45</sup> WALL O., C. 2016. Clínica Dental CALMA, plan de negocios para optar al grado de magíster en administración (tesis de postgrado). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 11p.

<sup>46</sup><http://gestionclinicaintegral.cl/geci2016/consideraciones-para-formar-una-correcta-sociedad-de-clinica-dental/> (consultado el día 22 de febrero de 2019).

### **III. Derecho a no ser discriminado.**

Todas las personas en Chile tienen derecho a no ser discriminadas arbitrariamente por parte de los prestadores de salud, sean públicos o privados<sup>47</sup>. A su vez, gozan del mismo derecho los consumidores para que los proveedores de bienes y servicios no realicen distinciones arbitrarias al momento de celebrar actos de consumo<sup>48</sup>.

### **IV. Derecho a la seguridad en las prestaciones.**

El paciente tiene derecho a que su prestación odontológica se realice respetando las normas de la *lex artis*<sup>49</sup>. Por otro lado, el consumidor también tiene derecho a la seguridad en el consumo de bienes y servicios<sup>50</sup>.

### **V. Derecho a un trato digno.**

Los prestadores de salud deben brindar un trato digno y respetuoso a sus pacientes, por lo tanto, deben utilizar un lenguaje adecuado e inteligible según las normas de cortesía generalmente aceptadas, poniendo énfasis en proteger la honra y vida privada de sus pacientes<sup>51</sup>. En un sentido similar, los proveedores de servicios no podrán negar de forma injustificada la prestación publicitada según su respectivo giro y las condiciones ofrecidas<sup>52</sup>.

#### **2.1.4 Ley 19.966, que establece un régimen de garantías de salud.**

La ley 19.966 (en adelante ley GES) regula una serie de garantías explícitas de salud tanto para los usuarios del sistema público como privado. Estas son<sup>53</sup>:

---

<sup>47</sup> Ley 20.584. Art. 2: Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes.

<sup>48</sup> LPDC. Art. 3 letra c): Son derechos (...) básicos del consumidor (...) El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios.

<sup>49</sup> Ley 20.584. Art. 4: Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas.

<sup>50</sup> LPDC. Art. 3 letra d): Son derechos (...) básicos del consumidor (...) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles.

<sup>51</sup> Ley 20.584. Art. 5: En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia.

<sup>52</sup> LPDC. Art. 13: Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas.

<sup>53</sup> <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-propertyvalue-3467.html> (consultado el 25 de febrero de 2019)

- 1) **Acceso:** es el derecho por ley a recibir una prestación de salud cuando esta sea requerida.
- 2) **Oportunidad:** significa que existan tiempos máximos de espera para el otorgamiento de las prestaciones.
- 3) **Protección financiera:** significa que el usuario cancelará un porcentaje del costo de la prestación de salud de acuerdo a su capacidad económica.
- 4) **Calidad:** consiste en que las atenciones sanitarias sean otorgadas por un prestador acreditado o certificado.

Según lo contemplado en la ley GES, los usuarios que pertenecen a FONASA deberán concurrir al consultorio de atención primaria o centro de salud familiar donde estén inscritos, en el cual se le realizará el diagnóstico clínico y se prescribirá un tratamiento, que deberá comenzar dentro de 90 días de iniciada la solicitud de atención. El precio a pagar por el usuario del plan GES varía; el tratamiento es gratuito para aquellas personas que tengan plan de FONASA en los tramos A o B, que son las personas cuyo nivel de ingresos es más bajo; el tramo C se debe pagar un 10% del tratamiento y para aquellos usuarios de tramo D el copago es de un 20%.

Actualmente el sistema público de salud garantiza tratamiento para 85 patologías que son cubiertas por la ley GES,<sup>54</sup> de las cuales solamente cinco corresponden a problemas que tienen relación con la salud oral, los cuales exponemos a continuación:

- **Fisura labio palatina:** constituyen deficiencias estructurales congénitas debido a la falta de coalescencia entre alguno de los procesos faciales embrionarios en formación.<sup>55</sup>
- **Salud oral integral para niños de seis años:** consiste en atención odontológica de nivel básico o primario, dirigida a educar, prevenir y tratar precozmente a los niños y niñas para mantener una buena salud bucal.<sup>56</sup>
- **Urgencias odontológicas ambulatorias:** son un conjunto de patologías buco maxilofaciales, de aparición súbita, de etiología múltiple, que se manifiestan principalmente por dolor agudo y que provocan una demanda espontánea de atención.<sup>57</sup>
- **Salud oral integral del adulto de 60 años:** consiste en una atención odontológica realizada por el cirujano dentista, según necesidades, dirigida a educar, prevenir, recuperar y rehabilitar la salud bucal de los mayores de 60 años.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/> (consultado el día 25 de febrero de 2019)

<sup>55</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/13> (consultado el día 25 de febrero de 2019)

<sup>56</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/23> (consultado el día 25 de febrero de 2019)

<sup>57</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/46> (consultado el día 25 de febrero de 2019)

<sup>58</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/47> (consultado el día 10 de marzo de 2019)

- **Salud oral integral de la embarazada:** consiste en la atención odontológica realizada por cirujano dentista, según necesidades, dirigida a educar, prevenir, recuperar y rehabilitar la salud bucal de las mujeres embarazadas.<sup>59</sup>

### **2.1.5 Lex artis administrativa**

#### **2.1.5.1 Resolución exenta N°1031, de 2012 del MINSAL. Protocolos N°1 y N°2.**

Esta norma administrativa de carácter general para todo prestador de salud ya sea público o privado alude a la seguridad del paciente como un componente fundamental en la atención de salud consagrando de forma expresa que “la seguridad de la atención en salud es un proceso que se centra en conocimiento de los riesgos de eventos adversos tanto del prestador institucional, prestador individual y del usuario, la eliminación de los innecesarios y la prevención de aquellos que son evitables a través de intervenciones basadas en evidencia científica con demostrada efectividad.” Estos protocolos constituyen una reglamentación imperativa para todo prestador de salud lo cual llevado al campo contractual forma parte de las obligaciones del médico y por ende también del odontólogo. En términos concretos se traduce en la exigencia del facultativo de informar de los riesgos asociados a la prestación de salud a su paciente junto con poder excluir aquellos que puedan evitarse de acuerdo a la evidencia científica. Cabe destacar este último punto, porque como veremos posteriormente la ciencia médica ha podido determinar en la Odontología las probabilidades de éxito de muchos de sus tratamientos.

#### **2.1.5.2 Resolución exenta N°652, de 1995 del MINSAL. Norma general técnica N°6 sobre atención odontológica.**

Esta norma administrativa vigente desde el año 1995 regula específicamente a la actividad de la Odontología las que han sido adoptadas y actualizadas de acuerdo a las últimas recomendaciones del Center for Disease Control (C.D.C.), American Dental Association (A.D.A.) y Occupational Safety and Health Administration (O.S.H.A.) Este protocolo incluye normas para cada proceso como sus procedimientos junto con recomendaciones para la selección de equipos e insumos para la correcta implementación de los procedimientos. Según la misma norma administrativa, los servicios odontológicos de salud podrían modificar o adaptar las reglas contenidas, pero no podrán alterar el cumplimiento de esta normativa sanitaria.

---

<sup>59</sup> <https://auge.minsal.cl/problemasdesalud/index/66> (consultado el día 10 de marzo de 2019)

### **2.1.5.3 Guía clínica auge. Fisura labiopalatina.**

Vale destacar que las fisuras orofaciales se presentan en promedio en 1 de cada 700 recién nacidos vivos. Las consecuencias derivadas de esta patología son a nivel estético, auditivo, de habla, lenguaje, cognitivo, psicológico, social, por lo cual es fundamental el manejo multidisciplinario, que incluya enfermería, cirujanos plásticos e infantiles, maxilofaciales, otorrinolaringólogos, fonoaudiólogos, genetistas, psicólogos, odontopediatras, ortodoncistas, ginecólogos ecografistas, kinesiólogos, entre otros. Esta guía entrega recomendaciones para las intervenciones multidisciplinarias en la prevención, diagnóstico prenatal y al nacimiento, tratamiento, seguimiento y rehabilitación de los recién nacidos, niños y adolescentes en la perspectiva de orientar las buenas prácticas con un efectivo uso de los recursos. En el apartado 1.3 relativo a la declaración de intención de este protocolo se declara expresamente que la guía “no fue elaborada con la intención de establecer estándares de cuidado para pacientes individuales, los cuales sólo pueden ser determinados por profesionales competentes sobre la base de toda la información clínica respecto del caso, y están sujetos a cambio conforme al avance del conocimiento científico, las tecnologías disponibles en cada contexto en particular, y según evolucionan los patrones de atención. En el mismo sentido, es importante hacer notar que la adherencia a las recomendaciones de la guía no asegura un desenlace exitoso en cada paciente. No obstante, lo anterior, se recomienda que las desviaciones significativas de las recomendaciones de esta guía o de cualquier protocolo local derivado de ella sean debidamente fundadas en los registros del paciente.”

### **2.1.5.4 Guía clínica auge. Salud oral integral para niños y niñas de 6 años.**

Las guías incluyen recomendaciones para las intervenciones más frecuentes incluidas en el tratamiento odontológico integral en el nivel primario de atención de los niños y niñas de 6 años bajo el régimen de garantías explícitas en salud, en la perspectiva de orientar las buenas prácticas con un eficiente uso de los recursos.

Se excluye la atención de urgencias odontológicas ambulatorias de los pacientes de 6 años, ya que se aborda en la Guía Clínica GES Urgencias Odontológicas Ambulatorias

Estas guías están dirigidas a los equipos de salud bucal (odontólogos generales, odontólogos pediatras y personal auxiliar y paramédico del equipo odontológico) que entregan atención integral de nivel primario a los niños de 6 años en establecimiento de salud públicos y privados del país, bajo el régimen de garantías explícitas en salud.

#### **2.1.5.5 Guía clínica auge para salud oral integral de adultos de 60 años del año 2010 más su actualización en el año 2015 respecto de prevención y tratamiento de caries radiculares.**

Esta guía es una referencia para la atención odontológica de nivel primario y de las siguientes especialidades: Endodoncia, Periodoncia y Rehabilitación Oral, de los pacientes adultos de 60 años bajo el régimen de garantías explícitas. En ese contexto, esta guía clínica tiene por objetivos:

1. Dar recomendaciones basadas en la mejor evidencia disponible sobre el tratamiento de la caries dental, enfermedad periodontal y desdentamiento total o parcial en adultos de 60 años.
2. Contribuir a mejorar la calidad de vida de los adultos de 60 años.

Desde esta perspectiva es una herramienta de ayuda en la decisión que el clínico debe enfrentar, considerando las preferencias y valores de su paciente

#### **2.1.5.6 Guía clínica auge. Salud oral integral de la embarazada.**

Desde julio 2010, la Salud Oral Integral de la embarazada es una garantía GES del régimen general de garantías en salud que consiste en una atención odontológica realizada por un cirujano dentista, dirigida a educar, prevenir, recuperar y rehabilitar la salud bucal de la mujer gestante.

El propósito de esta guía clínica es entregar recomendaciones basadas en la mejor evidencia disponible para apoyar a los equipos de salud bucal en la toma de decisiones clínicas para mejorar la salud bucal de la mujer embarazada y su hijo/a, fomentando las buenas prácticas con un uso eficiente de los recursos. En ese contexto, esta guía clínica tiene por objetivos:

1. Entregar recomendaciones sobre prevención de caries y enfermedad periodontal en la embarazada.
2. Entregar recomendaciones sobre los métodos diagnósticos para detectar caries y enfermedad periodontal en la embarazada.
3. Entregar recomendaciones sobre el tratamiento de caries y enfermedad periodontal en la embarazada.
4. Entregar recomendaciones sobre el tratamiento rehabilitador de piezas perdidas en la embarazada.

### **2.1.5.7 Guía clínica auge. Urgencias odontológicas ambulatorias.**

Esta guía de práctica clínica hace mención a algunas de las causas de consulta de urgencia más comunes en nuestro país, por esta razón, está dividida en capítulos que tratan cada una de estas patologías para confirmación diagnóstica y tratamiento, así el formato corresponde a seis guías clínicas contenidas en una estructura mayor.

La guía aborda el manejo clínico de la población infantil y adulta sin co-morbilidades que presenta alguna de las siguientes patologías: pericoronaritis, patología pulpar inflamatoria, infecciones odontogénicas, gingivitis úlcero-necrótica, trauma dentoalveolar y complicaciones post exodoncias (hemorragia post exodoncia de origen local, alveolitis).

Estas recomendaciones están dirigidas a los clínicos que otorgan atención de urgencia odontológica en Centros de Salud Primaria, Servicios de Atención Primaria de Urgencia y Servicios de Urgencia de establecimientos públicos y privados de nivel secundario y terciario, para ayudar en la toma de decisiones y manejo apropiado de las patologías incluidas en la guía UOA.

### **2.2 Categoría contractual de las prestaciones odontológicas según el derecho civil chileno.**

El contrato odontológico carece de una regulación legal específica, de tal manera que es necesario precisar cuáles son las normas que le resultan aplicables y determinan su contenido. Para ello, debemos distinguir si los servicios se realizan en el sector público (es decir, hospitales, consultorios, centros de salud de atención primaria, etc.) o en el sector privado (megaprestadores de salud, clínicas dentales, consultorios particulares).

Desde ya, adelantamos que la categoría contractual que rige a la odontología será de carácter dirigido si la atención se realiza en el sector público y será un contrato de adhesión en caso de que los servicios dentales se realicen en el sector privado.

Esta distinción tiene gran relevancia, puesto que la naturaleza de la relación contractual tendrá diferentes efectos si se trata de uno u otro contrato, leyes aplicables, nivel de responsabilidad de las partes, entre otros elementos.

Así también, en el sector público, no existe (o es limitada) la opción de escoger al odontólogo, las prestaciones que a las cuales se puede acceder son más acotadas, los precios de la prestación odontológica son inamovibles, las oportunidades de atención son más limitadas dado que el 80% de la población se atiende en el sistema público y en caso de que el paciente sufra algún tipo de perjuicio se aplicarán por defecto las reglas de la responsabilidad

administrativa por falta de servicio (como por ejemplo, la instancia de mediación obligatoria ante el Consejo de Defensa del Estado). En cambio, en el sector privado, existe libertad para escoger al odontólogo, las prestaciones a las cuales se puede acceder son más amplias, pero dependerá del poder adquisitivo del usuario o de las facilidades de pago que brinde el dentista, clínica particular o mega prestador de salud. La publicidad es un factor determinante a la hora de escoger al futuro odontólogo dado que la experiencia demuestra que es muy influyente en la decisión del paciente y en caso de perjuicios durante la ejecución del tratamiento odontológico se aplicarán las reglas de la responsabilidad civil distinguiendo cada caso concreto.

### **2.2.1 El sector público (contrato dirigido)**

Según Jorge López Santa María el contrato dirigido es aquel en que “la reglamentación legal asume un carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar en el contrato particular que celebran lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato.”<sup>60</sup> Por otro lado, Víctor Vial Del Río, citando a Avelino León Hurtado, señala que se trata de “la intervención del Estado en los contratos que celebran los particulares a fin de evitar que una de las partes se aproveche de la inferioridad o debilidad de la otra o de la desigualdad de condiciones en que contratan, por diferencias económicas, sociales y aún psicológicas”.<sup>61</sup>

Cabe destacar en este sentido los tratamientos médicos entregados en el sector público en el marco de la GES, que presentan las características de un contrato dirigido, dado que es el legislador quien determina el lugar, médico especialista, tiempos de espera, protocolos o guías clínicas, precios en los respectivos casos y demás aspectos que envuelven el tratamiento médico garantizado.

### **2.2.2 El sector privado (contrato de adhesión).**

El artículo 1º inciso 2º regla N°6 de la LPDC define el contrato por adhesión como “*aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido*”. Por su parte, Jorge López Santa María lo define como “*aquel cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas*”.<sup>62</sup> A su vez el SERNAC señala que son

---

<sup>60</sup> LOPEZ S., J. 2005. Los Contratos Parte General Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. 171 pp.

<sup>61</sup> VIAL, V. 2006. Teoría del Acto Jurídico. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 5ª Edición. 62p.

<sup>62</sup> LOPEZ S., J. 2005. Op. Cit. 150p.

“aquellos contratos que están predefinidos por el proveedor y donde el consumidor debe adherir o aceptar con su firma lo propuesto, sin posibilidad de modificar este contrato.”<sup>63</sup>

Arturo Alessandri Rodríguez señala que estos contratos se caracterizan por formarse sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra. Según el autor, comúnmente son las empresas quienes proponen la conclusión de este tipo de contratos, la cual goza de un monopolio de hecho o de derecho o, a lo menos, de gran potencia económica; el objeto suele ser la prestación de un servicio que todos necesitan, y la oferta, es permanente y dirigida a todo el público<sup>64</sup>. Por otro lado, el jurista uruguayo Jorge Rodríguez Russo señala que “la propia dinámica del contrato de adhesión está basada en la celeridad y certeza, impuesta por ineludibles necesidades de estandarizar las modernas formas de producción y distribución, donde la empresa predispone las cláusulas o condiciones generales de manera uniforme, por una exigencia propia de organización que suprime los costos de las tratativas y de las negociaciones particulares y permite calcular los riesgos considerando globalmente la totalidad de los contratos a ser estipulados.”<sup>65</sup>

### **2.2.2.1 La desigualdad objetiva y subjetiva de las partes en la formación del contrato<sup>66</sup>**

Uno de los elementos esenciales del contrato de adhesión radica en el desequilibrio del poder negociador de los contratantes. Respecto a la odontología, esta diferencia entre el paciente y el cirujano dentista se puede apreciar en dos ámbitos.

En primer lugar, tenemos la desigualdad objetiva que está conformada por dos aspectos. Una parte comprende los conocimientos científicos que tiene el dentista, que son fruto de su preparación académica, y la otra tiene relación con todo aquello que acompaña a la prestación de salud en lo referente a precios, formas de pago, créditos, protocolos o guías clínicas, etc. En este entendido se señala que “el poder de negociación de los clientes es prácticamente nulo, las tarifas son fijadas por cada clínica dental y son estandarizadas sin

---

<sup>63</sup> <https://www.sernac.cl/porta1/607/w3-article-1580.html> (consultado el día 10 de abril de 2019).

<sup>64</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los Contratos Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998 (p.114).

<sup>65</sup> RODRIGUEZ R., J. 2013. La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo. Barcelona, España. InDret revista para el análisis del Derecho. 4p.

<sup>66</sup> La distinción entre la existencia de la asimetría objetiva y subjetiva entre el paciente y su dentista es nuestra.

posibilidad de variar a no ser en situaciones excepcionales como una emergencia o promociones.”<sup>67</sup>

En segundo término, la desigualdad de carácter subjetivo radica en un fenómeno que se conoce como *ansiedad dental*, el cual se define como “un estado de aprensión de que algo terrible pasará en relación al tratamiento dental, lo que va acompañado de un sentido de pérdida de control.”<sup>68</sup> La ansiedad dental presenta una importante prevalencia, con tasas que van del 4% al 23% en países europeos. En Sudamérica, estudios dan cuenta de tasas del 34,7% en preescolares, mostrando a su vez que los padres de dichos niños también presentan una alta incidencia de ansiedad dental que asciende al 41,1%<sup>69</sup>. Si bien es cierto que la causa para acudir a una consulta dental no necesariamente es la enfermedad, ya que también existen casos donde la persona visita al dentista por temas estéticos o bien para aprovechar la cobertura de un seguro médico,<sup>70</sup> es necesario tener presente que, dada la baja cobertura de la salud oral en Chile, es probable que la principal motivación de visita sea por dolor o malestar dental que impida desarrollar una vida normal. Vale destacar que en nuestro país, según una encuesta del Ministerio de Salud llevada a cabo el 2018, se constató que un 52,8% de la población confirmó no haber realizado visitas al dentista en más de 1 año, mientras que un 2,2% confesó no haber asistido nunca<sup>71</sup>.

El Dr. Gonzalo Rojas Alcayaga (cirujano dentista y psicólogo) señala que “el paciente llega al dentista con sentimientos contradictorios. Por un lado, lo percibe al igual que en toda la profesión médica, como un ser dotado de poderes (reales y fantasiosos) que le permitirá aliviar sus dolencias. Sin embargo, es a la vez una figura amenazadora, dado los procedimientos invasivos y eventualmente dolorosos aplicados en la zona bucal. El paciente sufre además otro conflicto, sabe que necesita de tratamiento odontológico, pero al mismo tiempo percibe la situación como amenazadora. Este complejo emocional lleva al paciente a un estado de ansiedad (...). El dentista dispone de un poder inmensamente superior al de su paciente cuando éste se encuentra en el sillón dental, pues simbólicamente se produce nuevamente una restitución de la dinámica padre-hijo.”<sup>72</sup> Por lo tanto, se puede apreciar que el paciente que requiere un tratamiento dental está en una situación mucho más vulnerable

---

<sup>67</sup> BELMAR O., S.2018. Plan de negocios clínica dental de procesos estandarizados (tesis de postgrado). Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. 8 p.

<sup>68</sup> RÍOS E M., Herrera R A., Rojas A G. 2013. Ansiedad dental: Evaluación y tratamiento. Revista Avances en Odontoestomatología, volumen 30, número 1. 40 p.

<sup>69</sup> IBID.

<sup>70</sup> LUENGAS A., M. 2003. La bioética en la relación clínica en Odontología. Revista de la Asociación Dental Mexicana, volumen 60, número 3. 237 p.

<sup>71</sup><https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2018/07/23/62-de-los-ninos-mayores-de-12-anos-tiene-caries.shtml> (consultado el día 15 de abril de 2019).

<sup>72</sup> ROJAS A., G. MISRACHI L., C. 2004. La interacción paciente-dentista, a partir del significado psicológico de la boca. Revista Avances en Odontoestomatología. Volumen 20, número 4. 188p.

que un consumidor que accede a otros tipos de bienes o servicios, dado que no solamente debe afrontar la posición asimétrica en la cual está normalmente el consumidor respecto del proveedor, sino que además debe lidiar con el miedo o temor que puede significar someterse a una prestación odontológica.

### **2.2.2.2 Hacia un nuevo concepto de paciente.**

Respecto del contratante más débil, al cual comúnmente se le denomina paciente, lo cierto es que cada vez es menos “*paciente*”. Según la Dra. María Isabel Luengas, “el término paciente se considera inadecuado porque indica una actitud pasiva del usuario. Hablar de relación médico enfermo tampoco satisface del todo porque muchas personas sanas acuden al servicio médico, ya sea por un certificado de salud, un examen rutinario o una cirugía estética.”<sup>73</sup> Hoy en día los pacientes cuentan con más posibilidades de acceso a la información en torno al servicio de salud que contratan, incluso en algunos casos se encuentran más organizados, y entienden que deben y pueden ejercer un rol más activo en la relación médica<sup>74</sup>.

Además, debemos considerar que en la actualidad los pacientes han adquirido mayor conciencia indemnizatoria, lo cual ha contribuido al fenómeno de la judicialización de la medicina. En este sentido el médico cirujano Víctor Vargas ha dicho que “el riesgo de que el acto médico fracase o que se presenten eventos adversos, forma parte del giro de cualquier empresa de salud, por lo que las instituciones que prestan estos servicios son áreas riesgosas por definición.”<sup>75</sup>

Si analizamos al paciente desde la óptica del consumidor, podemos entender la relación contractual desde otra perspectiva. Como señala el odontólogo Francisco Póntela León, “los pacientes se presentan como consumidores, como usuarios de servicios y como participantes activos del proceso de atención. El paciente es crítico y busca ofertas, compara los paquetes de servicios y escoge a su odontólogo por diversas características. Además, tiene mayor conciencia de sus derechos y se organiza en grupos, lo que aumenta las demandas y reclamaciones.”<sup>76</sup> Dado este cambio de mentalidad en los usuarios, el Colegio de Dentistas ha tomado la iniciativa de discutir el tema, creando pautas dirigidas a sus asociados sobre

---

<sup>73</sup> LUENGAS A., M. 2003. Op Cit. 235p y 236 p.

<sup>74</sup> ETEROVIC B., P. 2017. Análisis crítico de las hipótesis de acceso a la ficha clínica en el derecho chileno (tesis de pregrado). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 22 p.

<sup>75</sup> VARGAS K., V. 2006. Gestión de riesgos jurídico-sanitarios y judicialización de la medicina. Revista Hospital Clínico de la Universidad de Chile. 21 p.

<sup>76</sup> PONTELA L., F. 2013. Caracterización de los aspectos bioéticos en los reclamos realizados ante la superintendencia de salud de Chile en el área de odontología. Revista Acta Bioethica. Volumen 19 número 1. 144p.

qué hacer ante los reclamos de sus pacientes. Así, el gremio entrega las siguientes recomendaciones a los odontólogos en caso de que alguno de sus pacientes ingrese un reclamo ante el SERNAC<sup>77</sup>:

**I. Una denuncia relativa a actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud,** vale decir, que el paciente denuncia que le modificaron unilateralmente el precio del servicio, y/o su cotización no fue respetada, no le brindaron un servicio adecuado, le cobraron más de lo señalado preliminarmente, u otras situaciones similares. En este caso, el colegio recomienda no entregar ningún tipo de respuesta al SERNAC, por ningún medio de comunicación. La razón de lo anterior se debe a las “diversas implicancias jurídicas que podría llevar aparejada una respuesta formal, en donde inconscientemente puedan reconocerse y asentarse por -parte del profesional- situaciones y hechos que posteriormente pueden tornarse irreversibles desde la perspectiva probatoria y que van en perjuicio del profesional, pensando siempre –lógicamente- en la hipótesis de un eventual juicio, y no necesariamente en el contexto de la indicada ley.”

**II. Una denuncia por las prestaciones médicas,** es decir, se le atribuye al odontólogo alguna negligencia en la prestación del servicio de salud. En esta situación, el gremio también recomienda evitar una respuesta formal al SERNAC por cualquier medio de comunicación, pero ya no por una razón de carácter probatorio, sino porque el SERNAC no es la institución competente para conocer de la materia, en razón de lo señalado en el artículo 2° letra f) de la LPDC. Serán en este caso los tribunales de justicia los encargados de resolver el conflicto.

### **2.3 Tipo contractual de las prestaciones odontológicas según el Derecho Civil chileno.**

#### **2.3.1 La relación médico-paciente versus la relación dentista-paciente.**

El médico cubano Héctor Rodríguez define la relación médico paciente “como una relación interpersonal con connotaciones éticas, filosóficas y sociológicas de tipo profesional que sirve de base a la gestión de salud.”<sup>78</sup> Con el desarrollo del derecho de la Seguridad Social la medicina, que en un inicio era una práctica individual y liberal, pasó a convertirse en una práctica hospitalaria especializada y de carácter corporativa. El médico dejó de ser una persona con conocimientos generales sobre la salud para convertirse en un especialista

---

<sup>77</sup><http://www.colegiodontistas.cl/inicio/2017/06/21/columna-legasalud-cuando-el-paciente-denuncia-ante-el-ternac/> (consultado el día 18 de abril de 2019)

<sup>78</sup> RODRIGUEZ S., H. 2006. La relación médico paciente. Revista Cubana de Salud Pública. Volumen 32, número 4. La Habana, Cuba. 1p.

asalariado. Esto significó un cambio en la manera en cómo es percibida la misma medicina y el profesional que la ejerce<sup>79</sup>. Lo anterior generó que el tradicional concepto de relación médico-paciente evolucionara a lo que la ciencia médica conceptualiza actualmente como “relación clínica”, es decir, una extensa gama de profesionales que participan en la prestación de salud que requiere una persona. En razón de lo anterior, el Dr. Juan Pablo Beca señala que la relación clínica actual “muestra que el vínculo con el enfermo pocas veces es una relación individual, lo cual lleva a que el médico lamentablemente conoce muy poco al enfermo como persona. De esta manera el médico se compromete actualmente más con su profesión o especialidad que con el enfermo, y este último se relaciona con muchos y a la vez con nadie.”<sup>80</sup>

Por el contrario, si analizamos el ejercicio profesional de la odontología podemos observar que históricamente ha sido un modelo individual, curativo, mercantil y artesanal. La odontología, a pesar de ser parte del sistema de salud, participa en este de manera marginal y en su espacio reproduce su mismo modelo profesional. Incluso es posible afirmar que el desarrollo de la odontología en las últimas décadas ha sido a expensas de los mismos profesionales que la ejercen<sup>81</sup>.

Si comparamos la relación que tiene el médico y el dentista con su respectivo paciente, se puede apreciar que el médico muchas veces realiza el diagnóstico e indica un tratamiento en el cual participarán una diversa gama de profesionales de la salud; enfermeras, tecnólogos médicos, anestesistas, cirujanos, etc. Mientras que en la odontología ocurre que usualmente es el dentista quien elabora el diagnóstico y posteriormente aplica el tratamiento al paciente que acude a su consulta<sup>82</sup>. Si bien pueden existir algunas excepciones respecto de patologías de mayor complejidad, la regla general es que se dé una relación individual entre el paciente y su odontólogo.

### **2.3.2 Tesis doctrinarias para calificar el contrato médico.**

Desde el punto de vista del derecho civil, nuestra doctrina es conteste en que la relación médico paciente genera un vínculo jurídico de naturaleza contractual, pero ha sido motivo de debate cuál sería la calificación que debe merecer dicho contrato. Al respecto existen distintas

---

<sup>79</sup> LUENGAS A., M. 2003. Op Cit. 233p y 234p.

<sup>80</sup> BECA, I., J. 2015. Conferencia presentada en el Panel “El Paciente Terminal”. V Seminario de Bioética. Academia Chilena de Medicina, 3 de agosto de 2015.

<sup>81</sup> LUENGAS A., M. 2003. Op Cit. 233p y 234p.

<sup>82</sup> GÓMEZ G., R .2007. Consentimiento informado en Odontología. Revista de la Asociación Dental Mexicana, volumen 64, número 5. 207 p.

posturas o tesis que tratan de explicarlo y que por defecto se le aplican a la relación médica entre un dentista y su paciente.

Dentro de la primera postura, Arturo Alessandri sostiene que debe tipificarse como un mandato según lo dispone el artículo 2.118 del Código Civil y que aplican las reglas del arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no fuese contrario a lo anterior, según lo establece el artículo 2.012 del Código Civil<sup>83</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Barros al señalar que “se trata típicamente de contratos a los que resultan aplicables las reglas del mandato (artículo 2.118) y supletoriamente las del arrendamiento de servicios inmateriales (artículo 2.012). Y para la perfección del contrato, entiende que será usual la aceptación tácita, de acuerdo al artículo 2.124, inciso 2° del Código Civil.”<sup>84</sup> Por su parte Stitchkin, si bien no es partidario de calificar la relación médico paciente como un mandato, concluye que sí es posible aplicar las reglas de este contrato señalando que “si la prestación de estos servicios no consiste en la gestión de uno o más negocios, el contrato será arrendamiento de servicios inmateriales como el médico que atiende la consulta o el abogado que informa en derecho.”<sup>85</sup>

Una segunda tesis señala que se produciría una relación laboral entre el médico y su paciente. En Chile no tiene cabida esta interpretación, pues según el artículo 7 del Código del Trabajo<sup>86</sup> la relación laboral requiere como elemento esencial y distintivo subordinación y dependencia, lo que en este caso no existe en términos generales, dado que es sencillo notar que el paciente, al ser la parte más vulnerable de la relación, no podría ser al mismo tiempo el empleador del médico.

Una tercera postura que ha sido planteada en el derecho civil español entiende que en realidad se trataría de un cuasicontrato de agencia oficiosa. Según esta tesis, si el médico realiza una prestación de salud de forma voluntaria que no se encuentre prohibida por el ordenamiento jurídico y sin mediar un contrato formal o escrito con el paciente, estaríamos dentro de la figura de la agencia oficiosa, que es reconocida en nuestra legislación en el artículo 2.286 del Código Civil<sup>87</sup>. Sin embargo, a lo anterior se le puede criticar que en la mayoría de los casos el médico no actúa de forma espontánea, sino que como mínimo se

---

<sup>83</sup> ALESSANDRI R., A. 1943. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 75 p.

<sup>84</sup> BARROS B., E. 2006. Tratado de la Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 657p.

<sup>85</sup> STITCHKIN B., D. 1975. El mandato. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 75p.

<sup>86</sup> Art. 7 CT.: Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

<sup>87</sup> Art. 2286 CC.: La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos.

verá obligado por un deber ético profesional a realizar la prestación de salud o por las obligaciones que nacen nuestra legislación sanitaria (revisada en el punto 2.2 de este trabajo).

La última postura entiende que no es posible encuadrar la relación clínica con alguno de los contratos tipificados por el Código Civil. Para Carlos Pizarro Wilson la relación entre médico y paciente es un “*contrato atípico y complejo*”. Atípico porque su régimen legal no está descrito de forma sistemática por el legislador, y complejo dado que su contenido lo compone un conjunto de derechos y obligaciones que están dispersos en el ordenamiento jurídico, sumado a la propia *lex artis* de cada especialidad médica<sup>88</sup>. En la doctrina comparada, Mantilla considera la relación clínica como un “contrato marco” o como una “sucesión de contratos” dada la diversa cantidad de actos y profesionales de la salud que pueden intervenir en la atención de un paciente<sup>89</sup>.

### **2.3.3 Nuestra propuesta para el caso particular de la Odontología en el sector privado: El contrato de arrendamiento de servicios.**

La calificación jurídica de las prestaciones de salud es una materia que no es pacífica en nuestra doctrina. No obstante, en lo que respecta a la odontología podemos señalar que se trata de un contrato de arrendamiento regulado en el artículo 1.915 y siguientes del Código Civil,<sup>90</sup> que podrá adoptar la variante de arrendamiento de servicios inmateriales o arrendamiento para la confección de una obra. Las razones para sostener lo anterior, las explicamos a continuación.

#### **2.3.3.1 La tipicidad social a través de la figura del contrato a honorarios.**

Nuestro primer argumento apunta a la tipicidad social que tiene el ejercicio profesional de la odontología a través de la figura del “*contrato a honorarios*”. La idea de que un contrato sea tipificado socialmente es planteada por Luis Díez Picazo quien señala que aunque un contrato sea atípico desde el punto de vista normativo, puede tener una base radicada en las concepciones dominantes de una época en razón de su frecuencia o reiteración como fenómeno social que dota a dicho contrato de un *nomen iuris*, que a su vez también se puede ir consagrando por vía jurisprudencial o doctrinal<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> PIZARRO W., C. 2014. Op. Cit. 829p.

<sup>89</sup> MANTILLA E., F. 2009. El contrato de prestación de servicios médicos. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 26-65p.

<sup>90</sup> Art. 1915 CC.: El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.

<sup>91</sup> DÍEZ PICAZO., L. 1993. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, España. 361 p.

El contrato por prestaciones de servicios odontológicos no está consagrado expresamente en nuestro derecho, pero sí se encuentra instalado dentro de nuestro acervo cultural calificar esta relación contractual como un “*contrato a honorarios*”. Sin embargo, la figura del contrato a honorarios tampoco se encuentra definido por la ley. Ha sido la doctrina y la Contraloría General de la República quienes se han pronunciado al respecto, dado que la Ley N°18.883 sobre Estatuto Administrativo lo consagra como una de las formas de contratación para el personal de la Administración Pública. La Contraloría define el contrato a honorarios como “un acto jurídico bilateral en virtud de la cual una parte se obliga a prestar servicios específicos, por un tiempo determinado en favor de otra, la que a su vez se obliga a pagar una cierta cantidad de dinero por dichos servicios.”<sup>92</sup> Por otra parte, la doctrina ha explicado que cuando utiliza la expresión *contrato a honorarios*, en realidad se hace referencia al contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil, el cual admite dos versiones: i) arrendamiento para la confección de una obra material (arts. 1.996 al 2.005 del CC.) o ii) arrendamiento de servicios inmateriales (arts. 2.006 al 2.012 CC). Ahora, la razón por la cual se denomina “*contrato a honorario*” y no arrendamiento de servicios, es porque en muchas situaciones las partes acuerdan, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la celebración de contratos atípicos cuyo diseño no ha sido determinado por la ley sino por las propias partes, lo cual por una razón histórica del vocablo romano, suele denominarse de un modo genérico como contrato a honorarios<sup>93</sup>. Nosotros utilizaremos esta última acepción.

### **2.3.3.2 Legitimación de la naturaleza jurídica de la prestación de salud que realiza el dentista.**

El segundo argumento es que la figura del contrato de arrendamiento de servicios permite justificar jurídicamente si la obligación del dentista es de medios o resultado, lo cual dependerá del compromiso asumido por el facultativo. Lo anterior significa que si el diagnóstico y tratamiento de una patología bucal implican la curación del paciente, estaríamos frente a un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales donde predomina el esfuerzo intelectual por sobre el físico. En cambio, si la finalidad de prestación es de carácter no curativo, dicho contrato se calificará como un arrendamiento para la confección de una obra material<sup>94</sup>, dado que el facultativo ha comprometido un resultado. Sin embargo, para poder determinar si la prestación que realiza el odontólogo es una obligación de medio o resultado, se deben ponderar una serie de parámetros: la autonomía de la voluntad del paciente, si la atención dental se trata un acto de medicina curativa, preventiva o estética, el grado de

---

<sup>92</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen N° 7266, de 10 de febrero de 2005.

<sup>93</sup> UGARTE C., J. 2007. El nuevo derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile. 56 y 57p.

<sup>94</sup> Art. 1996 inciso 4°: Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

aleatoriedad de la prestación misma, el tipo de especialidad odontológica que requiere el paciente, entre otros.

Como en ambos casos la prestación de salud se desarrolla o verifica en el cuerpo humano (en el aparato odonto-estomatológico para ser más exactos) estaríamos en la situación que la doctrina moderna cataloga como “*el derecho a disponer del propio cuerpo*”, el que es parte del catálogo de los derechos de la personalidad, y que encuentra su legitimación en la protección de la integridad física y en el derecho a la salud, ambos reconocidos por nuestra legislación.<sup>95</sup> Este consiste en permitir lesiones en el propio cuerpo para obtener un beneficio propio o de un tercero, como las donaciones de sangre o de órganos, el aborto en las causales establecidas en la ley, disponer del propio cadáver para fines científicos, etc.<sup>96</sup>

### **2.3.3.3 Es más coherente con la realidad.**

Desde hace varias décadas el Colegio de Dentistas también califica el ejercicio profesional de su gremio como un *contrato de honorarios*, regulado en el Título XXVI del Libro IV en sus artículos 2.006 y siguientes del Código Civil. Incluso sugieren las siguientes recomendaciones en caso de escriturar el contrato<sup>97</sup>: 1) dejar expresamente establecido en qué consiste el trabajo a efectuar y el lugar donde se desempeñará; 2) señalar que el trabajo se desarrollará en horarios compatibles con la labor a efectuar; 3) determinar el periodo en que se efectuará la prestación de servicios; 4) dejar expresamente estipulado que el contrato no genera vínculo de subordinación y dependencia; 5) estipular el honorario que percibirá el dentista; 6) señalar el nombre de uno o dos árbitros que puedan dirimir cualquier duda de interpretación del contrato, o lo que diga relación con su incumplimiento o invalidez.

Otra de las instituciones que también se ha pronunciado en un sentido similar ha sido el Servicio de Impuestos Internos. En el año 2009, la representante legal de una clínica odontológica consultó al SII cuál era el tratamiento tributario por los servicios prestados concernientes a la salud oral. Más allá de la forma de tributar de la clínica, lo que vale destacar de la respuesta del SII es que para responder la consulta argumentó que “en los servicios prestados predomina el esfuerzo físico o intelectual por sobre el capital, no obstante requerir equipamiento e infraestructura adecuada a la naturaleza.”<sup>98</sup> Lo anterior refrenda que las

---

<sup>95</sup> FIGUEROA Y., G. 1998. Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XIX. 25p.

<sup>96</sup> BERENQUER L., J. 1951. Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo (notas y comentarios a la ley de 18 de diciembre de 1950. Publicado en Anales de la Universidad de Murcia. 201p.

<sup>97</sup> ALVEAR V., M. 1986. Contrato a honorarios (las normas que rigen). Revista Punto de Contacto. Colegio de Dentistas A.G. Número 39. 24 y 25p.

<sup>98</sup> [http://www.sii.cl/documentos/normativa\\_ddrr/2011/oriente/ordinario63\\_5634.pdf](http://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2011/oriente/ordinario63_5634.pdf) (consultado el día 20 de abril de 2019).

normas aplicables al ejercicio profesional de la odontología son las que regulan el arrendamiento de servicios inmateriales.

#### **2.3.3.4 Contraargumentos de la doctrina para no aplicar el contrato de arrendamiento a la prestación médica y nuestra respuesta.**

Carlos Pizarro Wilson señala que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales no resulta aplicable a la relación médico paciente. En palabras del autor “esas reglas, al analizarlas, se refieren a obras artísticas, en general (...) sin perjuicio que conforme al artículo 2.006 del Código Civil le resultan aplicables los artículos 1.997, 1.998, 1.999 y 2.002, todos del Código Civil, que relativos a las obras materiales, norman el precio del servicio, perjuicios por incumplimiento y la alternativa entre el cumplimiento forzado y la indemnización a favor del artífice. Como puede observarse, resulta difícil que esas normas, que edifican el régimen legal del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales sea útil para regular la relación médico y el paciente.”<sup>99</sup>

Se puede replicar lo anterior con dos argumentos. El primero, es recordar que la odontología tiene una veta artística que no es posible desconocer. Como vimos en el capítulo I, su práctica comenzó como una actividad artesanal hasta alcanzar el estándar de ciencia médica en el siglo XVIII. Actualmente se puede apreciar el arte en los procedimientos que tienen una finalidad estética, al conjugar el profesional sus conocimientos médicos, habilidades manuales y conocimientos empíricos para lograr el resultado esperado por su paciente<sup>100</sup>. El segundo argumento es que el derecho comparado ha calificado la relación dentista paciente como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales o para la confección de una obra, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial (esto se revisará en los capítulos III y IV respectivamente).

### **2.4 Consentimiento informado en Odontología.**

El consentimiento informado en medicina y odontología puede definirse como el “procedimiento mediante el cual a un paciente se le proporciona la información suficiente para tomar una decisión razonada acerca del procedimiento propuesto. Es otorgado por el paciente sin ninguna coacción o fraude, basado en su entendimiento razonable de lo que sucederá, incluyendo la necesidad de realizar el procedimiento, los beneficios y riesgos de este, la existencia de cualquier procedimiento alternativo disponible y los riesgos de la no-aceptación

---

<sup>99</sup> PIZARRO W., C. 2014. Op. Cit. 829p.

<sup>100</sup> Hay un adagio entre los dentistas que señala: “*quien trabaja con las manos es un artesano, quien trabaja con el corazón es un artista, quien trabaja con las manos y el corazón es un cirujano dentista.*”

del tratamiento.”<sup>101</sup> La doctrina es conteste en que la obligación de informar al paciente es un acto personalísimo del profesional de la salud, irremplazable, y que su transgresión invalida el consentimiento informado<sup>102</sup>.

Existen tres aspectos que inciden directamente en el consentimiento informado: la publicidad, la obligación de informar por parte del facultativo y el acceso a la historia clínica, los cuales analizaremos a continuación.

#### **2.4.1 La publicidad y su influencia en la odontología.**

Información y publicidad responden a diferentes objetivos. Mientras la publicidad tiene por finalidad inducir al consumidor en la necesidad y conveniencia de celebrar un contrato, y persuadir que ofrece un mejor servicio que la empresa competidora que pueda existir, la información tiende a explicar al posible contratante en forma pormenorizada las características del contrato a realizar. Además, esta no se transmite por los medios de comunicación masiva, sino que debe operar en cada caso particular. También cabe señalar que las declaraciones publicitarias constituyen una herramienta de interpretación del contrato, puesto que en caso de discrepancia entre lo ofertado y lo contratado prevalece el mensaje contenido en la publicidad, ya que este genera una obligación para el anunciante de brindar el servicio del mismo modo en que es anunciado al público (el cual es profano en la materia)<sup>103</sup>.

En esta parte de nuestra investigación explicaremos cómo se desarrollan la información y la publicidad actualmente en la odontología y su regulación jurídica.

En las últimas décadas, el desarrollo de las telecomunicaciones ha transformado la publicidad, alcanzando a áreas de la salud como la odontología. Como habíamos señalado anteriormente, uno de los requisitos para considerar a una persona natural o jurídica como proveedor, según los parámetros de la LPDC, es que su servicio se oferte de forma masiva a los eventuales consumidores. Parte del éxito de las clínicas odontológicas recae directamente en la posibilidad de captar nuevos clientes mediante estrategias de marketing sólidas, la

---

<sup>101</sup> CARDOZO C; RODRIGUEZ E; LOLAS F; QUEZADA A. 2007. Ética y Odontología. Una Introducción. El odontólogo frente al consentimiento informado ¿Qué hacer? CIEB (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética) Universidad de Chile. Santiago, Chile. 105p

<sup>102</sup> CALVARO R., M; GODOY C., C. 2015. Negligencia médica, un tema complejo (tesis de pregrado). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 63p

<sup>103</sup> WEINGARTEN ., C. 1997. Op. Cit. 44p.

cuales están enfocadas en la masividad de la oferta<sup>104</sup>. En la actualidad, es frecuente observar en la vía pública de las grandes ciudades la entrega de folletos donde se ofrecen diversos tratamientos dentales, en los cuales no se informa sobre los potenciales riesgos al usuario, y por el contrario se exaltan las cualidades o virtudes del servicio. En la mayor parte de los Estados Unidos es común ver dentistas en anuncios comerciales televisivos, en la guía telefónica e incluso en las vallas de las carreteras, además de enviar correos electrónicos indeseados<sup>105</sup>. Del mismo modo, también es recurrente encontrarse en redes sociales o al navegar por internet con todo tipo de anuncios para ofrecer tratamientos odontológicos. Por ejemplo, los ortodoncistas que tienen una página web y utilizan redes sociales, tienen un paciente nuevo más por año respecto a los que no usan estos medios. Múltiples informes han demostrado la importancia de utilizar un sitio web en las prácticas dentales<sup>106</sup>.

#### **2.4.1.1 La regulación de este tipo de publicidad en nuestra legislación.**

Nuestra legislación no define ni regula de forma particular la publicidad en odontología. La Federación Dental Internacional, en adelante FDI, la define como *“cualquier información y material relacionado con una clínica dental cuya publicación, presentación o uso directo o indirecto esté permitido o aceptado por dicha clínica, constituye un acto de promoción de servicios odontológicos, independientemente de que dicha clínica obtenga beneficios de tal publicidad. La publicidad odontológica incluye anuncios, folletos, páginas web, publicaciones en medios sociales, blogs, publirreportajes, boletines, tarjetas de presentación, material de oficina, logotipos, señales, anuncios u otra información relacionada con dentistas o su ejercicio profesional, independientemente de la forma de distribución.”*<sup>107</sup> Este tipo de publicidad puede llegar a resultar engañosa, o al menos parcialmente falsa. Incluso, muchos de estos tratamientos odontológicos son ofrecidos en abierta transgresión al Código de Ética del Colegio de Cirujanos Dentistas<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> BELMAR O., S.2018. 38p.

<sup>105</sup> BARRIA., R; HENRIQUEZ., R .2017. El uso de la publicidad en Odontología. 1166p. Revisión de la literatura. International journal of medical and surgical sciences. 1163p.

<sup>106</sup> BARRIA., R; HENRIQUEZ., R .2017. Op. Cit. 1164p.

<sup>107</sup> <https://www.fdiworlddental.org/es/resources/policy-statements-and-resolutions/publicidad-en-odontologia> (consultado el día 24 de abril de 2019).

<sup>108</sup> Art. 46 Código de Ética del Colegio de Cirujanos Dentistas AG: La publicidad de los Cirujanodontistas debe ser sobria, objetiva y veraz, sin utilizar recursos inadecuados con el objeto de obtener pacientes. La publicidad debe ser para dar a conocer su nombre y especialidad, su sitio de trabajo y horario de atención.

A falta de una normativa especial en este tema, debemos recurrir a las reglas generales contenidas en la LPDC<sup>109</sup>, que define la publicidad en su artículo primero como “la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato. Son condiciones objetivas aquellas señaladas en el artículo 28.” En el mismo artículo define al anunciante como “el proveedor de bienes, prestador de servicios o entidad que, por medio de la publicidad, se propone ilustrar al público acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad, o motivarlo a su adquisición”.

A continuación, revisaremos cómo debe estructurarse el mensaje publicitario en odontología. Para ello revisaremos de qué modo se regula en la LPDC la publicidad y que recomendaciones entrega la FDI. Finalmente, revisaremos cómo se integra el contenido del mensaje publicitario en el contrato, ya que jurídicamente es un elemento para determinar si la obligación que asume el odontólogo es de medios o resultado.

## **I. La información del mensaje publicitario según la LPDC.**

La LPDC contiene normas que protegen a los consumidores de información falsa o engañosa difundida a través de cualquier medio de comunicación, de modo que un anunciante que divulgue información de estas características incurre en una infracción, dado que las indicaciones contenidas en este cuerpo legal aplican a los medios tradicionales de publicidad y a las nuevas formas de publicitar *online*<sup>110</sup>. Y es precisamente la publicidad vía internet la que más ha influenciado a la odontología en los últimos años. Una encuesta realizada a odontólogos generales en los Estados Unidos reveló que el 53% de las clínicas dentales usa las redes sociales principalmente con fines de marketing y comunicación. En comparación con la publicidad tradicional, el marketing a través de las redes sociales es una solución rentable y más eficiente para la promoción de productos y servicios, sobre todo porque más clientes pasan tiempo en línea<sup>111</sup>. En Chile, el SERNAC señala que se deben cumplir tres

---

<sup>109</sup> Precisamente por la falta de regulación en esta materia el 16 de junio del 2018 el presidente del Colegio de Dentistas tuvo una audiencia con el director nacional del SERNAC donde los temas tratados fueron el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas para regular la publicidad que ofrecen los mega-prestadores a los usuarios de la salud oral. <https://www.leylobby.gob.cl/instituciones/AH009/audiencias/2018/181856> (consultado el día 12 de mayo de 2019)

<sup>110</sup> SERNAC. Estudio de la publicidad online, el caso de la publicidad nativa. Departamento de Estudios e Inteligencia. Junio de 2018. 5p.

<sup>111</sup> BARRIA., R; HENRIQUEZ., R. 2017. Op. Cit. 1164p.

principios, sin importar el canal de comunicación utilizado; el de veracidad, el de autenticidad y el de transparencia. Estos principios han sido definidos por el SERNAC de la siguiente forma<sup>112</sup>:

- **Principio de veracidad:** Se debe dar cumplimiento al carácter veraz establecido en el artículo 3 inciso 1° letra b) de la LPDC, evitando así incurrir en las conductas a que hace referencia el artículo 28 letras a) a f), que establece los tipos de publicidad falsa o engañosa. También deben ser incluidos en este principio el artículo 28 letra A, relativos a actos de confusión en consumidores. Esto se traduce en definitiva en el derecho del consumidor para que la publicidad que reciba sea veraz y oportuna, tanto en su forma como en su contenido.

- **Principio de autenticidad:** La publicidad debe ser fácilmente identificable como tal, distinguiéndose claramente de informaciones noticiosas o de formato de programas en estudio con algún grado de publicidad encubierta.

- **Principio de transparencia:** Este principio reconoce la necesidad de preservar la confianza de los consumidores y el valor asociado a una determinada marca, producto o servicio. En términos simples, significa que los consumidores deberían poder reconocer cuando algo es un anuncio, es decir, las comunicaciones de comercialización deben ser claramente distinguibles como tales, cualquiera que sea su forma y medio utilizado y, en consecuencia, la identidad del anunciante debe ser fácilmente reconocible.

## II. La información del mensaje publicitario según la FDI

La FDI también entrega recomendaciones concretas sobre cómo debe ser la publicidad en odontología y qué acciones deben evitarse<sup>113</sup>. Según este organismo, la publicidad en odontología debe ser:

- a) de carácter precisa;
- b) estar basada en hechos científicos y no en sensaciones, creencias, opiniones o interpretaciones personales
- c) representar una imagen profesional del dentista y de la profesión odontológica
- d) ser veraz en cuanto a las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto.

---

<sup>112</sup> SERNAC. Estudio de la publicidad online, el caso de la publicidad nativa. Departamento de Estudios e Inteligencia. Junio de 2018. 20p.

<sup>113</sup> <https://www.fdiworlddental.org/es/resources/policy-statements-and-resolutions/publicidad-en-odontologia> (consultado el día 17 de mayo de 2019)

Por el contrario, señala que dicha publicidad no debe:

- a) ser falsa, poco clara, exagerada, confusa, fraudulenta;
- b) comparar o denigrar a otros dentistas;
- c) hacer prospección ni captación de pacientes;
- d) intentar persuadir;
- e) utilizar términos superlativos o comparativos que sugieran mayor calidad en relación a servicios, equipos, tecnologías empleadas, productos o personas que proporcionan los servicios;
- f) despertar miedo o preocupación innecesaria
- g) generar expectativas poco realistas.

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

El principio consagrado en el artículo 1 N°4 de la LPDC establece que las promesas emitidas por el proveedor se entienden incorporadas en los contratos respectivos, señalando que "la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato." La finalidad de esta norma es proteger al consumidor frente a lo que se conoce como publicidad engañosa, la que se encuentra regulada en los artículos 28 y 28 A de la LDPC como un ilícito infraccional que realiza aquel que, "a sabiendas o debiendo saberlo" induce a engaño o a error, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, respecto de alguna de las condiciones objetivas que dichos preceptos señalan.

La única definición de publicidad engañosa que existe en nuestra legislación se encuentra en el artículo 8 del Código Chileno de Ética Publicitaria que señala como tal a aquella que: a) "induce o puede inducir a error o confusión, pudiendo afectar a los consumidores o competidores, mediante exageraciones, ambigüedades, falacias, sofismas u omisiones respecto de las características, ventajas, beneficios, idoneidad, precios, garantías, desempeño real del producto o servicio anunciado, su relación con el medio ambiente, o de cualquier otra forma"; b) "atribuye a un producto o servicio, características, cualidades o propiedades que este no posee, y la que promete beneficios, características, condiciones, resultados, o efectos que no se pueden cumplir" y c) "valiéndose de la ignorancia, el miedo, la superstición, la credibilidad, la ingenuidad o la buena fe de los destinatarios, ofrece cualquier producto, substancia, método o servicio como teniendo beneficios o efectos específicos automáticos, "milagrosos" o garantizados en la salud, el bienestar, la fortuna o la

felicidad de los consumidores, sin una comprobación objetiva de dichos beneficios o resultados”.

Como ha señalado la doctrina, la infracción de los deberes a los cuales se obliga el proveedor de un servicio por medio de los mensajes publicitarios engañosos, donde anuncia un servicio que no necesariamente podrá brindar en forma eficaz, se trata de un supuesto de responsabilidad estricta u objetiva que encuentra su base en el riesgo creado, pues quien emite un mensaje publicitario debe asumir la frustración de la confianza y expectativa creada en el consumidor. Cabe destacar que la publicidad engañosa se opone a los principios de protección y transparencia antes vistos. En efecto, se vulnera el principio de protección porque dicha publicidad atenta contra el derecho básico del consumidor a recibir información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y demás características relevantes. Por otro lado, se transgrede el principio de transparencia, toda vez que la veracidad a que alude dicho artículo exige que la información contenida en la publicidad sea clara y comprensible, ya que de lo contrario puede inducir a error o engaño al consumidor.<sup>114</sup>

#### **2.4.2 La obligación de informar al paciente.**

Si nos detenemos a observar todo el iter contractual en el cual se desarrolla una prestación odontológica, este momento es crucial en la relación contractual, porque aún existe la posibilidad por parte del facultativo de corregir o desmitificar falsas expectativas que pueda tener el paciente que provengan de una publicidad engañosa o al menos defectuosa en cuanto a no contener información completa y veraz sobre el tratamiento ofrecido. Al mismo tiempo, es importante para el odontólogo porque un paciente que conoce los eventuales riesgos y que toma una decisión informada en torno a su tratamiento dental sin duda que será menos probable que interponga una demanda judicial por mala praxis.

Sin embargo, la realidad en Chile demuestra que el consentimiento informado en odontología no es una práctica regular o bien comprendida por los profesionales dentales. En una encuesta realizada por la Pontificia Universidad Católica de Chile, ante la pregunta sobre la aplicación del consentimiento informado en su práctica clínica, “un 50% respondió que lo usaba sólo en ciertos procedimientos y sólo el 31% lo practicaba habitualmente y conocía sus implicancias. El 19% de los encuestados manifestó que conocían su existencia pero que no

---

<sup>114</sup> LOPEZ D., P. 2019. Tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil. Revista chilena de Derecho. Volumen 46 número 2. 407 y 408p.

lo utilizaban en su práctica clínica. De aquellos que respondieron positivamente al uso del consentimiento informado (81%), respecto del tiempo dedicado para esto, un 60% respondió que le brindaba todo el tiempo que fuera necesario. El resto se distribuye entre los que no le dedican tiempo (16%), los que le dedican entre 10 y 15 minutos (12%) y los que dedican menos de 10 minutos (12%).”<sup>115</sup>

Otro aspecto importante a mencionar es la forma en la cual queda plasmado el consentimiento entre el paciente y su dentista. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 20.584 “por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado.” Llevado al campo de la odontología, el consentimiento informado sería de carácter escrito solamente en las siguientes situaciones<sup>116</sup>: cirugía bucal (simple y compleja), cirugía periodontal, implantología, cirugía maxilofacial y procedimiento imagenológico con uso de medio de contraste.

Situación totalmente distinta ocurre en el derecho comparado. En México, desde el año 1995 los cirujanos dentistas tienen la obligación de recabar la firma de autorización de los pacientes para la realización de tratamientos.<sup>117</sup> Actualmente, la Norma Oficial Mexicana 013-SSA2-2015 “Para la prevención y control de enfermedades bucales” establece que en caso de aceptarse el plan de tratamiento propuesto por el cirujano dentista, éste debe ser firmado por el paciente o por algún familiar, tutor o representante legal, en pacientes menores de edad o personas discapacitadas, y se debe incluir en el expediente clínico del paciente. Además, dicha norma en su artículo 9.6.9 establece que la carta de consentimiento informado debe contar como mínimo con<sup>118</sup>:

- Nombre del paciente.
- Nombre de la institución.
- Nombre del estomatólogo.
- Descripción de la intervención y de los objetivos que se persiguen.
- Molestias y riesgos más importantes por su frecuencia y/o gravedad.

---

<sup>115</sup> PALOMER R., L. 2009. Consentimiento informado en Odontología, un análisis teórico práctico. Acta bioethica. Universidad de Chile. Santiago, Chile. 103p.

<sup>116</sup><http://www.colegiodentistas.cl/inicio/wp-content/uploads/2017/01/Información-de-Consentimiento-Informado.pdf> (consultado el día 20 de mayo de 2019)

<sup>117</sup> GOMEZ G., R. 2007. Consentimiento informado en Odontología. Revista de la Asociación Dental Mexicana. Vol. LXIV, No. 206p.

<sup>118</sup> NOM 013-SSA2-2015 “Para la prevención y control de enfermedades bucales” (D.O.F día 23/11/ 2016). [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5462039&fecha=23/11/2016](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5462039&fecha=23/11/2016) Consultada el día xxxx

- Beneficios esperados con su grado aproximado de probabilidad.
- Alternativas factibles (excluyendo los tratamientos inútiles).
- Curso espontáneo del padecimiento sin tratamiento, y consecuencias de ello. Opiniones y recomendaciones del estomatólogo.
- Lugar y fecha donde se emite.
- Autorización al estomatólogo para atención de contingencias y urgencias, derivadas del acto autorizado, atendiendo al principio de libertad de prescripción.
- Nombre completo y firma del estomatólogo, paciente y un testigo.

En nuestra opinión, la legislación mexicana debiera ser el modelo a seguir en Chile, ya que es completa no solo en aspectos formales como individualización de las partes o del tratamiento, sino que también se pronuncia sobre el deseo del paciente de someterse a un determinado tratamiento dental, sumado al grado de probabilidad de éxito, que debe ser informado por el dentista, lo cual ante una eventual judicialización servirá para calificar si la obligación del odontólogo era de medios o resultado (este punto será desarrollado en el capítulo III).

#### **2.4.3 El acceso a la ficha clínica en odontología.**

La historia clínica comprende la cronología médica de una persona, es decir, todo su historial en relación con prestaciones de salud a las que se somete, que se construye de forma comunicacional entre el facultativo y su paciente, dando como resultado la información patológica de una persona. La ficha médica, en cambio, es el documento escrito en el cual esta información se plasma, compuesto por una serie de documentos tales como licencias médicas, certificados de salud, recetas médicas para comprar fármacos, etc<sup>119</sup>

El artículo 12 de la ley 20.584 define la ficha clínica como “el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.”

Por su parte, el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Cataluña define la historia clínica dental como “el proceso que, generado en el ámbito de la relación dentista-paciente, tiene

---

<sup>119</sup> ETEROVIC B., P. 2017. Op Cit 12 p.

por objeto aportar todos los datos pato-biográficos de importancia para el paciente, descubiertos e interpretados por el dentista, y que son considerados relevantes para establecer un diagnóstico e instaurar una terapia.”<sup>120</sup>

#### **2.4.3.1 La ficha clínica y la relación médico-paciente.**

La manera tradicional de entender la ficha clínica consiste en asignarle una función terapéutica, que permita al dentista aplicar de la mejor forma posible el tratamiento, siendo una herramienta en beneficio del profesional, que contenga toda la información necesaria y útil para el proceso asistencial del paciente<sup>121</sup>. Esta idea se plasma en la definición legal revisada previamente, que establece que la ficha clínica “*tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente*”.

Esta postura es defendida por el médico Ricardo Vacarezza y la enfermera Elena Núñez. Dichos autores sostienen que “la justificación de la existencia del documento ficha clínica debe insertarse principalmente en el contexto de la beneficencia. Si el médico lleva un registro de los datos que conciernen al paciente y anota todo aquello que le pueda ser útil para obtener un diagnóstico correcto, un pronóstico lo más certero posible y un tratamiento adecuado, es porque persigue el bien del paciente. Por lo tanto, la ficha clínica es un instrumento que permite al médico efectuar correctamente su función, como lo hace con el estetoscopio”<sup>122</sup>.

En los últimos años ocurrió un cambio de paradigma en torno al rol de la ficha clínica en Chile, la que no solo se concibe como una herramienta para el correcto ejercicio de la medicina, sino también como un mecanismo para asegurar que el paciente tome una decisión de forma autónoma sobre la prestación de salud que requiere. Ambos enfoques no están en conflicto, ya que generalmente la decisión que tome libremente el paciente será aquella que esté más conforme con la recomendación del médico en base al criterio lógico y racional que sigue para mejorar su cuadro de salud<sup>123</sup>.

Cabe destacar que el acceso a la ficha clínica se encuentra explícitamente autorizado en el artículo 13 letra a) de la ley 20.584 y el artículo 10 letra a) del reglamento N°41/2012 del Ministerio de Salud. Vale destacar que el titular de la ficha clínica<sup>124</sup> (es decir, la persona a la

---

<sup>120</sup> <http://www.coec.cat/es/noticies/historiaclinica>. (Consultado el día 29 de mayo de 2019)

<sup>121</sup> NORIEGA P., F. 2011. La negligencia médica ante la doctrina y jurisprudencia nacionales. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, Chile. 14 p.

<sup>122</sup> VACAREZZA., R; NUÑEZ., E. 2003. ¿A quién pertenece la ficha clínica? Revista Médica de Chile, Volumen 131 N°1. Santiago, Chile. 111-114p.

<sup>123</sup> ETEROVIC B., P. 2017. Op Cit. 12 p.

<sup>124</sup> En caso de que el paciente sea un menor adulto el acceso la solicitud de acceso debe ser realizada por su representante legal según lo dispone la misma norma aludida. En caso de que el paciente designe a un

cual hace referencia el documento) no necesita justificar la solicitud de acceso a su propia ficha.

Otro aspecto importante a analizar es el formato y la disponibilidad; desde el año 2012 el Ministerio de Salud comenzó un plan de digitalización de las fichas clínicas<sup>125</sup>. En la misma línea, dicho ministerio creó el Hospital Digital<sup>126</sup>, a través del cual los pacientes del servicio público pueden acceder a una serie de prestaciones y servicios, y se espera en el futuro que puedan acceder a la ficha clínica electrónica.

Según un informe de la Superintendencia de Salud del año 2017, gran parte de los prestadores de la red asistencial pública y privada cuentan con ficha clínica electrónica, lo cual es un gran avance. Tal como señala el documento “se observó que en los prestadores de atención abierta contaban mayoritariamente con ficha clínica en formato electrónico, alcanzando el 63.6%. Este porcentaje fue mayor en los prestadores públicos de atención abierta, cuya cifra fue de 75.9% En los prestadores de atención cerrada, el formato más utilizado fue el mixto (electrónico – papel), con el 50%, llegando al 60% en los prestadores privados de atención cerrada. Del total de prestadores fiscalizados, el 71.4% contaba con algún protocolo, normativa o documento de carácter institucional que normaba el procedimiento y manejo de fichas clínicas. En general el porcentaje fue mayor en los prestadores privados con 80% de cumplimiento en regiones y 73.3% de cumplimiento en la Región Metropolitana. Cabe destacar que en regiones, los prestadores privados de atención cerrada lograron el 100% de cumplimiento de este atributo.”<sup>127</sup>

Para efectos de este trabajo, nos preocupa el plazo de espera para obtener el mencionado documento desde que es solicitado por su titular, el cual es de 15 días hábiles. Tal como señala el informe, “en relación a la entrega de la copia de la ficha clínica al titular de esta o a su representante en un plazo igual o menor a 15 días hábiles, el 88.8% de los prestadores fiscalizados señaló entregarla en este plazo, siendo mayor en los prestadores públicos, en

---

representante convencional para solicitar el acceso la autorización debe ser expresa y extendida ante notario. Esta última hipótesis se enmarca dentro de la letra b) de la misma norma que regula a los “terceros debidamente autorizados por el titular”.

<sup>125</sup> Ministerio de Salud. Registro Clínico electrónico Ficha clínica: Requerimientos del estándar de acreditación Unidad de gestión de proyectos 2016.

<http://www.salud-e.cl/wp-content/uploads/2016/08/RCE-y-Acreditaci%C3%B3n.pdf> (Consultado el día 1 de junio de 2019)

<sup>126</sup> <https://www.hospitaldigital.gob.cl/> (Consultado el día 2 de junio de 2019)

<sup>127</sup> Superintendencia de Salud. Informe de Fiscalización Ficha Clínica, Programa 2017 Acceso, contenido, almacenamiento y protección Ley N° 20.584. 15p.

[http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-16640\\_recurso\\_1.pdf](http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-16640_recurso_1.pdf) (Consultado el día 7 de junio de 2019)

donde se observó que el 96.6% de los prestadores públicos de atención abierta, y el 88.2% de los prestadores públicos de atención cerrada entregaron copia de la ficha clínica en el periodo señalado anteriormente.”<sup>128</sup> Si consideramos por ejemplo a una persona que requiere una prestación dental de urgencia cuya historia clínica se encuentra fragmentada en distintos prestadores de salud (y a su vez en distintos territorios del país) la posibilidad de contar con la ficha clínica como un instrumento para tomar una decisión de carácter autónoma se vuelve complejo. Diferente es el panorama de aquel paciente que decide someterse a un tratamiento que no es urgente, y que tendrá tiempo para recopilar las fichas clínicas de las que sea titular, complementando la información que reciba su odontólogo para definir el mejor tratamiento en el caso concreto.

La ley 20.584 consagra el derecho del paciente para acceder a su ficha clínica y a su vez, el decreto N°41/2012 del Ministerio de Salud establece la gestión de la misma, señalando en el artículo 9° que: “Las fichas clínicas deberán gestionarse en una forma centralizada que asegure el acceso controlado a las mismas de solo aquellas personas que puedan tomar conocimiento de sus registros y consignar nuevos datos en ella y que asegure la confidencialidad de su información. Este sistema debe llevar registro de las fechas y personas que han accedido a las fichas. Deberán existir medidas de seguridad para evitar los accesos de quienes no estén directamente relacionados con la atención de salud del titular de la ficha, incluido el personal de salud y administrativo del prestador.” En esta línea, la Superintendencia de Salud responde en su sitio web a la consulta sobre acceso a la ficha clínica de los pacientes señalando que “la información que surja de la ficha clínica, de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, es considerada como dato sensible y por tanto tiene la calidad de reservada. Quienes no estén relacionados directamente con la atención no tendrán acceso a la información, salvo las excepciones legales.”<sup>129</sup> Como corolario de lo anterior, el artículo 10 de la ley 19.628 sobre protección de la vida privada establece que “no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, **exista consentimiento del titular**<sup>130</sup> o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.”

---

<sup>128</sup> IBID.

<sup>129</sup> <http://www.supersalud.gob.cl/consultas/570/w3-article-7973.html> (Consultado el día 6 de octubre de 2019)

<sup>130</sup> Lo destacado es nuestro.

## CAPÍTULO III: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ODONTÓLOGO

### 3.1 Tipos de Responsabilidad

La actividad del profesional de la odontología se encuentra en constante evolución; hoy, en una era altamente tecnológica, la complejidad de tratamientos a múltiples patologías y gran oferta de tratamientos de corte estético, no hacen sino acrecentar los riesgos de quien ejerce la profesión. Incluso el más cuidadoso de los odontólogos puede cometer errores que acarrearán molestias al paciente, daños de diversa consideración o incluso su muerte. Es por lo mismo, y para entender mejor el panorama, que debemos hacernos la más básica de las preguntas: ¿Quién responde sobre el daño que se le provoca a un paciente, con ocasión de un tratamiento dental?. Para responderla, lo primero que debemos definir es qué estatuto de responsabilidad aplica a los involucrados en la relación médica descrita. Haremos una breve descripción de las clases de responsabilidad, centrándonos en la responsabilidad civil contractual, ya que es esta la relación más común entre odontólogo paciente, y las otras categorías exceden de esta exposición.

#### 3.1.1 Responsabilidad Civil.

Existen diversos conceptos de lo que es la responsabilidad civil. Para Arturo Alessandri Rodríguez “un individuo es *responsable* cuando está obligado a *indemnizar* un daño. En Derecho Civil hay *responsabilidad* cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo que es *la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.*”<sup>131</sup> La Corte Suprema, por su parte, ha definido que “*por responsabilidad debe entenderse, en general, la obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado.*”<sup>132</sup>

Así, la responsabilidad civil se convierte en un juicio normativo respecto a quién debe reparar los daños o perjuicios que una persona ha sufrido. En este sentido, la fuente de la responsabilidad puede estar dada por un vínculo jurídico previo, esto es, responsabilidad civil contractual, o en circunstancias en las cuales no existe un vínculo obligatorio previo, responsabilidad extracontractual. En el caso del odontólogo, se suman al juicio normativo los conocimientos técnicos del profesional propios de la *lex artis* odontológica, el consentimiento informado, el nivel de riesgo del tratamiento, entre otros elementos. Así, la negligencia o culpa estará marcada por el estándar de conocimientos que se exige al facultativo que ejecuta la prestación odontológica.

---

<sup>131</sup> ALESSANDRI R., A. 1943. OP CIT 11p.

<sup>132</sup> 6 de noviembre de 1972, RDJ, Tomo LXIX, sec. 4a, 181p.

## **3.2 Responsabilidad civil contractual**

Para que concurra la responsabilidad civil contractual en materia de prestaciones odontológicas, deben concurrir una serie de requisitos: la existencia de un contrato, que éste se incumpla, que del incumplimiento se genere un perjuicio, y que el incumplimiento sea imputable.<sup>133</sup> En el contexto en el cual se produce la relación odontólogo-paciente, nos concentramos en la hipótesis en la cual, con ocasión del cumplimiento imperfecto o tardío, se produce un perjuicio para el paciente que es merecedor de una indemnización por los perjuicios causados.<sup>134</sup>

### **3.2.1 Existencia de un contrato**

Tal como lo prescribe el artículo 1438 del Código Civil, un “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Tal como desarrollamos en el capítulo anterior, el contrato de prestaciones odontológicas varía según el servicio de salud en el cual se desarrolla la prestación: en el servicio público, nos encontramos frente a un contrato dirigido, y en el sector privado, normalmente será uno de adhesión.

### **3.2.2 Incumplimiento del contrato**

El contrato de prestación odontológica genera por cierto, derechos y obligaciones para el profesional que la ejecuta (y su equipo), el prestador del servicio (en el caso de no desarrollarse en un consultorio particular), y el paciente. Cualquier desviación del programa prestacional convenido entre las partes, generará un incumplimiento, que es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad.

Tal como revisamos en el capítulo anterior, existen dos grandes clases de obligaciones en materia de contrato odontológico, esto es, obligaciones de medio y de resultado; distinción relevante, pues ha dotado de una base técnica que permite conocer ex ante cuáles serán en definitiva los deberes de cuidado del odontólogo, en relación a la gama de compromisos que éste adquiere al momento de iniciar la relación con el paciente, como la entrega de información necesaria para que el paciente otorgue su consentimiento informado, la utilización de materiales y artefactos médicos de la calidad contratada, conseguir resultados a los que se compromete en la publicidad que entrega al público, entre otros.

---

<sup>133</sup> Guajardo Carrasco. B. 2002. Aspectos de la responsabilidad civil médica. Santiago de Chile. Librotecnia. p. 30.

<sup>134</sup> Alessandri Rodríguez. A, Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile, Editorial. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, 74p.

En este sentido, queremos poner acento en los deberes de cuidado que surgen de esta relación contractual, y como estos han sido recogidos por el derecho positivo, que tratamos previamente en el capítulo II. Por una parte, la ley 20.584 prescribe entre otros, el derecho universal a recibir una atención oportuna, de calidad, segura, eficaz e informada. Por su parte, la LPDC sanciona a quien emite publicidad engañosa, prohibiendo todo acto que pueda engañar o confundir al paciente respecto de la prestación ofrecida.

### **3.2.3 El daño causado por el incumplimiento**

Podríamos definir el daño dentro de la responsabilidad contractual odontológica, como todo aquel perjuicio patrimonial y/o extrapatrimonial que se produce por la contravención de los deberes que impone la *lex artis* odontológica.

La doctrina y la jurisprudencia han sido consistentes en qué clase de daños deben repararse dentro de la relación contractual: los daños patrimoniales, como daño emergente y lucro cesante, y daños extrapatrimoniales, como daño moral y pérdida de la chance.

En este sentido, el paciente será quien sufra en mayor medida los daños del actuar negligente del odontólogo, debiendo el acreedor probar tanto la existencia como la magnitud del daño que alega, tal como lo establece el artículo 1.698 del Código Civil.<sup>135</sup>

Además de los daños ya mencionados, queremos referirnos brevemente al daño por repercusión o por rebote, que es aquel que experimenta un tercero distinto del paciente, pero vinculado a éste, que sufre un daño a consecuencia de la negligencia o culpa del odontólogo. En este sentido, al ser un tercero extraño al contrato celebrado, el régimen aplicable será de responsabilidad extracontractual por delito o cuasidelito civil. La jurisprudencia actual ha reconocido su existencia.

En un fallo reciente de la Corte Suprema<sup>136</sup>, se regula la indemnización por daño moral a los padres de un joven fallecido por negligencia médica. Es destacable que la indemnización otorgada a cada uno de los progenitores se hace de forma diferenciada, con un instrumento relativamente nuevo para cuantificar esta clase de daño: el Baremo Jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte, una “herramienta meramente referencial y no vinculante destinada a difundir a la comunidad jurídica tablas o baremos estadísticos referenciales de montos indemnizatorios fijados en sentencias judiciales dictadas por tribunales de justicia chilenos en relación con las diversas hipótesis lesivas que han dado

---

<sup>135</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 79.

<sup>136</sup> Rol Corte Suprema 4089-2019

origen a condenas por Daño Moral o No Patrimonial"<sup>137</sup>, la cual nace el año 2012 de un convenio entre la Universidad de Concepción y la Corte Suprema de justicia. Si bien no se trata de una herramienta de amplia utilización, permite dar luces respecto sobre los criterios específicos a considerar al momento de la determinación del daño, como relación de parentesco con el fallecido, su edad y la edad del demandante, si vivían juntos, etc. Existen ejemplos comparados del uso de esta clase de instrumentos, como es el caso de España, que tiene un baremo vinculante llamado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación" y Francia, que ha creado una serie de baremos no vinculantes, en los cuales considera diversos elementos a la hora de calcular el monto indemnizatorio.

### **3.2.4 Imputabilidad**

Para dar lugar a la responsabilidad del odontólogo es necesario que provenga de un hecho suyo. En este sentido, hablamos de la imputabilidad. Para Alessandri, solo es imputable la infracción de una obligación cuando proviene de la culpa o del dolo, excluyendo el caso fortuito y la fuerza mayor.<sup>138</sup>

En términos generales, se entiende la culpa como la omisión de la diligencia que debe emplear el deudor en el cumplimiento de una obligación o bien en la ejecución de un hecho, siendo la culpa contractual en específico aquella en la cual existe una falta del cuidado debido en el cumplimiento de un contrato.

En el caso de la responsabilidad odontológica, es importante señalar que el estándar de diligencia o cuidado que se le exige al profesional, no es si no la de un experto: la conducta del profesional debe compararse con la de cualquier odontólogo de su especialidad, con los conocimientos técnicos y experiencia de su rama. La Corte Suprema ha señalado en este sentido que "el médico tratante debe responsabilizarse de cumplir plenamente con lo que ordenan las reglas de la práctica médica. Ello implica diligencia, pericia, preocupación antes, durante y después de la intervención médica que se le encargó".<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/> (consultado 16 noviembre 2020)

<sup>138</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile, Editorial. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988, p. 79.

<sup>139</sup> Corte Suprema, 10 de diciembre de 2001, Causa Rol N° 4223

### **3.3 Factores que influyen en la responsabilidad civil odontológica**

Además de los elementos propios de la responsabilidad civil odontológica ya mencionados, existen una serie de factores conexos que influyen en ella y que dicen relación con los elementos propios de su lex artis. Desarrollaremos algunos de los más importantes.

#### **3.3.1 La elaboración del historial clínico**

Como mencionamos anteriormente, el historial clínico comprende la cronología médica de una persona, es decir, toda la información en relación con prestaciones de salud a las que se somete y las patologías que padece o ha padecido, que se va construyendo de forma comunicacional entre el facultativo y su paciente, lo cual se plasma materialmente en la ficha clínica.

En este sentido, es obligación del odontólogo recabar los antecedentes clínicos necesarios para evaluar las posibilidades de tratamiento y los riesgos a los cuales someterá al paciente.

La importancia de la elaboración del historial clínico radica en dos aspectos diferentes: por una parte, en la etapa probatoria en juicio por mala praxis odontológica, sirviendo como herramienta probatoria en el mismo, y por otra, como elemento de responsabilidad ante su inexistencia o irregularidad.

#### **3.3.2 El consentimiento informado**

El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual al paciente se le proporciona información suficiente para tomar una decisión razonada acerca del procedimiento propuesto, sus posibilidades y riesgos.

Es de gran importancia que el paciente reciba información veraz, oportuna y completa respecto a todos los aspectos de la atención odontológica, puesto que la falta en alguno de ellos puede derivar en la responsabilidad del facultativo. Así por ejemplo, pueden darse casos en los cuales el procedimiento pone en riesgo la vida del paciente y esta situación no le es informada, o que el odontólogo no tenga la especialidad y experiencia necesarias para realizar la prestación que está ofreciendo, poniendo en riesgo la salud del paciente.

### **3.3.3 Infracción de protocolos sanitarios**

El Ministerio de Salud es el organismo encargado de establecer los estándares mínimos de funcionamiento de los servicios de salud del país, con el fin de garantizar la calidad necesaria para la seguridad de los usuarios.

Así, el odontólogo tiene estándares mínimos de operación a los que debe apegarse; de lo contrario, su infracción puede llevarlo a la negligencia. Dichos estándares, permisos y forma de funcionamiento son reglamentados por el Ministerio de Salud.

### **3.4 Responsabilidad según el servicio donde se desarrolla la actividad**

El estándar de responsabilidad por negligencia médica no es igual para todos los servicios de salud odontológica. Como señalamos en el capítulo I de este trabajo, podemos clasificar entre servicios públicos, clínicas y consultorios particulares. A continuación, desarrollaremos las particularidades de cada uno:

#### **3.4.1 Servicios de salud públicos**

Cuando la mala praxis en la prestación de salud odontológica la entrega el Estado, lo que se persigue es la responsabilidad civil de un órgano de la administración del Estado por falta de servicio. Esta responsabilidad tiene su génesis en el art. 38 de la Constitución Política de la República, los artículos 4 y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que prescribe que “Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”. Por su parte, el art. 3 de la ley 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud señala que “Los órganos que integran el sistema nacional de servicios de salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.”

Además, cuando la prestación de salud es otorgada por un servicio de salud local como un Centro de Salud Familiar, dependiente administrativamente de la municipalidad respectiva, esta falta de servicio se funda en específico en el art. 152 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece que “Las Municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio.”

Finalmente, es preciso señalar que el servicio de salud que sea condenado al pago de una indemnización por esta clase de responsabilidad, tiene la posibilidad de repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en una falta personal, tal como lo establece el inciso segundo del art. 42 previamente citado.

### **3.4.2 Clínicas privadas**

Como señalamos anteriormente, las clínicas privadas y grandes empresas de salud odontológica operan en grandes volúmenes. Los odontólogos son trabajadores de estas clínicas o arriendan el espacio físico para atender a los pacientes, sin un vínculo laboral que los una al dueño de la clínica, no obstante esta actúa como recaudador de los valores que el paciente paga en función de la atención contratada.

Respecto a aquellos odontólogos que son trabajadores en la clínica donde ejercen, se entiende que el vínculo contractual se produce entre el paciente y la clínica con la que contrata (no con el profesional) y que por ende, lo natural es que ésta responda por las negligencias médicas odontológicas que se puedan producir en la prestación. Además, aquel paciente que desee una indemnización cuantiosa, preferirá a aquel que tenga mayor capacidad económica, que usualmente será la clínica, por sobre el profesional.

La situación varía cuando el profesional no es un trabajador de la clínica. En este caso, podría producirse casos de responsabilidad solidaria entre el odontólogo y la clínica. Será cuestión de los jueces de fondo establecer quién es obligado, quién incumple el contrato y quién es responsable de la negligencia médica odontológica. Es común que las clínicas privadas rechacen este tipo de acciones civiles argumentando que ellos solo proporcionan las instalaciones y el equipamiento e instrumental médico quirúrgico, con cumplimiento de todas las normas sanitarias y de higiene, para que un tercero (odontólogo) ejecute la prestación odontológica pactada con el paciente.

### **3.4.3 Consultorios particulares**

En el caso de las consultas particulares, el odontólogo será el responsable de las negligencias médicas en las que incurra, puesto que él es quien dispone del espacio físico, el instrumental, protocolos, y finalmente, su experticia para el ejercicio de la profesión. Será en este caso, responsable de la responsabilidad civil por las negligencias en las que incurra la prestación odontológica que realice.

### 3.5 Responsabilidad Penal.

La responsabilidad penal está presente en todos aquellos delitos y cuasidelitos que se encuentren debidamente tipificados, y que lleven una sanción aparejada al mismo. Con ocasión de la actividad profesional del odontólogo, podemos reconocer una serie de delitos, ya sea dolosos o culposos. Esta clase de responsabilidad puede acumularse con la responsabilidad civil, en cuanto ambas responden a la protección de bienes jurídicos diversos, pero que nacen de la misma acción u omisión. Así, en el ámbito de la mala praxis, podemos encontrar algunos tipos penales que reconocen la exigencia de que el profesional actúe con un estándar especial de cuidado, atendiendo a las prerrogativas que la propia ley le impone en razón de su profesión. Algunos de estos son:

- El tipo penal del artículo 313 b) del Código Penal, que establece una pena de presidio y multa para el que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles. Este tipo penal es conocido como “charlatanería médica”<sup>140</sup>.
- El tipo penal sancionado en el artículo 368 del Código Penal, que agrava la pena de los delitos sobre violación, estupro y otros delitos sexuales contemplados en el Título VII del Libro II del mismo cuerpo normativo, cuando éstos sean cometidos por un profesional de la salud cuando el ofendido se encontraba bajo su curación o cuidado.
- El delito de violación del secreto profesional, sancionado en el artículo 247 inciso segundo del Código Penal, que castiga al profesional que revele los secretos que en razón de ella se le hubieren confiado.
- El tipo penal específico para aquellos profesionales de la salud que actúen con negligencia culpable en el desempeño de sus funciones, está contemplado en el artículo 491 del Código Penal. En este caso, cabe recordar que el Código Sanitario, establece en su artículo 112 que podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes posean el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones. Este tipo penal está íntimamente ligado a la mala praxis de la profesión odontológica, y es el que más se ajusta a aquellas conductas que, en el ejercicio de la profesión, se alejan de los estándares básicos de cuidado exigidos. En este sentido, Enrique Cury indica que a los

---

<sup>140</sup> Henríquez Morales. C, “Responsabilidad Penal Médica”, Editorial Jurídica Congreso, 2006, p. 68

profesionales de la salud “se les hace, lógicamente, una mayor exigencia de cuidado que al común de los ciudadanos, pues basta la simple negligencia para hacerlos ya penalmente responsables por el daño que puedan ocasionar a quienes era su obligación curar”<sup>141</sup>

- La falta sancionada en el artículo 494 número 10 del Código Penal, establece una multa de una a cuatro U.T.M. para el médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.

Si bien la tipificación señalada se ve bastante completa y accesible, la experiencia demuestra que perseguir la responsabilidad penal respecto del funcionario de la salud que ha cometido cuasidelito de lesiones (artículo 491 del Código Penal) no resulta ser la vía más satisfactoria para la víctima, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico que muestra el número de causas ingresadas en Fiscalía de Chile entre los años 2014 y 2018:<sup>142</sup>

Periodo: Desde el año 2014 al año 2018						
DELITO	AÑO DE INGRESO					Total general
	2014	2015	2016	2017	2018	
Cuasidelitos de lesiones cometidos por profesional de la salud	365	339	310	287	305	1606
ACUERDO REPARATORIO	18	23	26	21	21	109
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	21	19	21	15	12	88
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	2	2	3	5	2	14
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	1	2	1	0	2	6
SUSPENSION CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	3	0	4	5	7	19
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	131	150	124	104	77	586
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO Art 240 CPP	11	2	6	7	3	29
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	0	0	0	0	1	1
ARCHIVO PROVISIONAL	177	140	99	96	120	632
DECISION DE NO PERSEVERAR	167	147	157	123	115	709
INCOMPETENCIA	3	5	0	1	1	10
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	2	3	2	1	2	10
AGRUPACION A OTRO CASO	11	18	21	43	21	114
ANULACION ADMINISTRATIVA	0	0	2	1	0	3
OTRAS CAUSALES DE TERMINO	2	1	4	0	4	11

Es importante destacar que de un total de 1606 causas ingresadas entre los años 2014 y 2018 se obtuvo un bajo número que llegó a término a través de sentencia, alcanzando solo el 1,25%. De dicho porcentaje, el 70% fue absolutoria y el 30% condenatoria, sin embargo, siendo un universo tan pequeño (20 causas) no alcanza a ser un número representativo de una tendencia, pero nos da luces de la realidad penal.

<sup>141</sup> Cury Urzúa. E, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Volumen II, 1978-1981, p.105

<sup>142</sup> Información proporcionada por Fiscalía Nacional solicitada en virtud de la Ley de Transparencia N°20.285 a través de las solicitudes vía web folio SIAU ID 9308 y folio SIAU ID 9705.

En el mismo período, se celebraron 109 acuerdos reparatorios entre la víctima y el profesional de la salud imputado, lo cual representa un 6,8% de víctimas que fueron reparadas por los daños ocasionados.

Las causas terminadas por archivo provisional equivalen al 39,4% y los procedimientos cerrados por facultad de no perseverar en la investigación que representan el 44,1%, ambos sumados representan el 83,5% de las causas ingresadas que terminaron sin dar solución al conflicto de fondo.

### **3.6 Responsabilidad Administrativa**

La responsabilidad del Estado derivada de actos administrativos, toma el nombre de falta de servicio. El profesor Pierry señala que “la aplicación al Estado de la noción de falta de servicio puede hacerse a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, permitiendo uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado”<sup>143</sup>.

Si bien la noción, requisitos y en general el desarrollo de este concepto se realiza a partir de la norma civil, el principio de responsabilidad de los órganos del Estado tiene su génesis en la Constitución Política de la República, es sus artículos 6 inciso 3° y 7 inciso 3°, en los artículos 4 y 42 de la ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que fue dictada por mandato expreso del artículo 38 inciso 1° de la Carta Fundamental.

Respecto a este tipo de responsabilidad, dedicaremos algunas sentencias en el apartado de 4.1 de jurisprudencia nacional, donde desarrollaremos los requisitos y la forma en que esta opera.

### **3.7 Responsabilidad Gremial**

Es el Colegio de Cirujano Dentistas de Chile quien agrupa, en forma oficial, a los profesionales de la odontología en nuestro país. Como agrupación gremial, cuenta con un Consejo General. Tiene a disposición de sus asociados y de la población general, un código de ética que marca pautas en cuanto a las responsabilidades a las que se encuentran sujetos sus colegiados que actúen fuera de los márgenes de conducta que el mismo código impone. En su artículo 48, se establece que las sanciones aplicables a la transgresión a las normas de ética profesional son: a) Censura por escrito, b) Multa, c) Suspensión de la calidad de asociado por un plazo máximo de un año, y d) Expulsión del Colegio de Dentistas de Chile A.G.

---

<sup>143</sup> PIERRY, Pedro (2009). La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, p. 31

El artículo 56 del mismo cuerpo normativo establece que las sanciones serán aplicadas discrecionalmente por el Consejo Nacional o el Consejo Regional, según corresponda, guardando la debida proporcionalidad entre las medidas disciplinarias y las transgresiones a la ética que aquellas están llamadas a sancionar, debiendo ponderarse en cada caso las circunstancias atenuantes o agravantes que concurran a la conducta reprochada. La reincidencia se considerará siempre como agravante.

También considera causales de eximente de responsabilidad, en que “se considerarán las normas de la legislación vigente, los principios de derecho y la equidad natural.”

Cabe recordar que esta colegiatura es de carácter voluntario, y que su verdadero valor está dado por el hecho de generarse, en su código de ética y las pautas de trabajo que elaboren, verdaderos estándares de conducta que ayudan al juez civil a elaborar la responsabilidad del profesional en el caso en concreto.

## **CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA Y ADMINISTRATIVA**

### **4.1 Jurisprudencia contenciosa nacional.**

A continuación, analizaremos jurisprudencia contenciosa nacional sobre casos de responsabilidad civil odontológica por mala praxis. Haremos un breve resumen de cada caso, y de las principales consideraciones de la judicatura.

#### **4.1.1. Responsabilidad por falta de servicio**

##### **Castillo/Ilustre Municipalidad de Penco.<sup>144</sup>**

Con fecha 20 de septiembre de 2014, se dicta sentencia condenatoria en el 3º Juzgado Civil de Concepción, en contra de la Municipalidad de Penco por la responsabilidad que cabe en una de sus dependientes, dentista en un Centro de Salud Familiar de dicha comuna. En dicha ocasión, la facultativa pasó a llevar el ojo de la paciente con una aguja que portaba ácido, generándole un daño ocular que mantuvo a la demandante en tratamiento, mientras se encontraba embarazada. Concorre en este caso todas las hipótesis del actuar negligente en el ámbito de una prestación de servicios, causando un daño en la víctima, lo que se tradujo en una responsabilidad por falta de servicio. Esta causa no fue apelada.

#### **4.1.2. Falta de nexo causal entre la acción y el daño**

##### **Flores/Alvear<sup>145</sup>**

Con fecha 07 de marzo de 2014, el 1º Juzgado Civil de Rancagua dicta sentencia de rechazo de indemnización de perjuicios en sede contractual por mala práctica del odontólogo. En la causa en estudio el demandante había sido atendido por el dentista en el año 2010, y en el 2012 comenzó a presentar problemas en su dentadura, por lo que acudió a otro profesional que le indicó que el trabajo realizado por su colega estaba mal realizado y le había causado una grave infección en uno de sus dientes, el que finalmente fue extraído de emergencia en el Hospital Regional. El demandante sostiene que se dan en este caso todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad contractual, esto es: a) La preexistencia de una obligación convencional, b) El incumplimiento injustificado de la obligación contraída, en este caso alejándose de la lex artis odontológica, c) El incumplimiento imperfecto de la obligación, al no ser atendido en los años posteriores por el dentista a causa de las molestias presentadas, y d) La existencia de perjuicios derivados de la mora.

---

<sup>144</sup> Causa rol C-7973-2012, 3º Juzgado de Letras Civil de Concepción.

<sup>145</sup> Causa rol C-11.962-2012, 1º Juzgado de Letras Civil de Rancagua.

El tribunal se hace cargo de reconocer la obligación convencional, enmarcándola dentro de un contrato de prestación de servicios médicos, regido por las reglas del mandato y supletoriamente por las del arrendamiento de servicios inmateriales, y cuyas obligaciones quedan sujetas a los deberes generales de cuidado de quienes actúan en dicho ámbito profesional.

Finalmente, concluye que a falta de prueba técnica rendida, en orden de establecer que los daños en su dentadura fueron provocados por una ejecución deficiente o con infracción de la *lex artis*, impiden configurar tanto la culpa que se le atribuye como el nexo causal entre la conducta imputada y el daño que el actor señala haber sufrido como consecuencia directa y necesaria de la misma.

Esta causa fue apelada, y luego desistida la apelación.

#### **4.1.3 Falta de uno de los requisitos de la responsabilidad contractual**

##### **Seguel/Clínica Odontológica Vera Meier<sup>146</sup>**

El 30 de abril de 2012 el 2° Juzgado Civil de Temuco rechaza la demanda del abogado Mario Seguel, de cumplimiento con indemnización de perjuicios de contrato de prestación de servicios en contra de clínica Servicios Odontológicos Vera Meier.

Reclama el Sr. Seguel que concurre a dicha clínica a realizarse una serie de procedimientos con el fin de mejorar su dentadura, por lo cual se le entrega un presupuesto, el cual es aceptado, pero con los meses sube unilateralmente de valor, siendo atendido por varios profesionales, pero dejando el trabajo inconcluso respecto al implante de algunas piezas dentales, siendo él por su parte diligente en pagar todo el tratamiento, incluso con el alza de precio unilateral. Indica el actor que la obligación de la clínica es de resultados, según sea el interés del paciente, sin existir en este caso algún evento imprevisto que haya impedido el cumplimiento del contrato.

Se defiende el demandado señalando que el Sr. Seguel padecía de una serie de patologías dentales: periodontitis crónica severa, movilidad dentaria, piezas con indicación de extracción, policaries, gran atrición dentaria, pérdida de dimensión vertical, desdentado parcial superior e inferior y atrofia de los rebordes óseos desdentados, lo que daba en resumen un cuadro de sepsis bucal. Todo esto, agravado por la edad del paciente (72 años) y una adicción severa al tabaco. Es por lo anterior que argumentan se encontraban ante una obligación de medios y no de resultados, que el paciente fue efectivamente atendido en más

---

<sup>146</sup> Causa rol C-1409-2010, 2° Juzgado de Letras Civil de Temuco.

de 149 ocasiones y que se logró recuperar en parte su dentadura, se le hicieron más de una decena de implantes, y que al final fue el demandante quien abandonó el tratamiento.

El sentenciador concluye que los requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual son: existencia de un vínculo jurídico, negocio, convención o contrato, incumplimiento culpable o doloso de la obligación previamente establecida o un incumplimiento imperfecto o tardío de la misma, y por último, la efectividad de haber sufrido perjuicios a consecuencia del incumplimiento. Y debido a lo expresado y probado por las partes, no hace más que razonar que la clínica odontológica cumplió con la obligación contraída, faltando entonces el segundo de los requisitos anteriormente mencionados, por lo cual rechaza la acción interpuesta.

La sentencia señalada fue confirmada por la primera Sala de la Corte Suprema, quien desestimó los argumentos esgrimidos en razón de un supuesto error de derecho en cuanto a que se habrían infringido las leyes reguladoras de la prueba.

#### **4.1.4 Giro en la jurisprudencia en materia de reparación de daño moral**

##### **Leal/Songer<sup>147</sup>**

El caso de Carmen Leal es sin duda, un quiebre en la jurisprudencia nacional en materia de reparación de daño moral, no solo por el monto indemnizatorio que se le concedió a la demandante y que está muy por encima del promedio que se suele otorgar a este tipo de daños, si no también resulta llamativo la fórmula que utiliza el tribunal para avaluar los perjuicios hacia el futuro.

Carmen Leal acudió a la consulta dental del profesional Carlos Songer, con la finalidad de retirar dos piezas dentales para ser sustituidas por implantes, cuestión que concurrió en diciembre de 2009. Menciona la demandante que el profesional no le pidió ningún examen radiológico o de otra naturaleza, no obstante estar los primeros considerados en los bonos de atención médica que compró; la cirugía fue en extremo dolorosa, dolores que se mantuvieron en el tiempo y por lo cual la demandante acudió al odontólogo en reiteradas ocasiones, quien procedió a retirar los implantes argumentando que la zona se encontraba inflamada y habrían algunos nervios ejerciendo presión. Sin embargo, los dolores se mantuvieron, con lo cual el profesional la envía a realizarse un examen de “Tomografía computarizada de Alta Resolución”, y con dicho resultado, le indica a la paciente que no observa nada grave, le inyecta vitaminas en los brazos y corticoides en la zona dental afectada para aliviar el malestar. Sin presentar mejoras, es finalmente el psiquiatra de la

---

<sup>147</sup> Causa rol C.17.640-2012, 2º Juzgado de Letras Civil de Santiago.

demandante quien realiza el lapidario diagnóstico: Neuralgia del Trigémino invalidante, debido a la perforación del nervio trigémino, señalando que es uno de los dolores más grandes que el ser humano puede resistir.

Con este diagnóstico, acude la demandante donde el Sr. Songer, quien decide colaborar en los primeros meses, costeadando medicamentos y atenciones médicas de la paciente, cuestión que deja de hacer con el tiempo. En el ámbito penal, el Sr. Songer en esos momentos se encontraba formalizado sobre estos hechos por cuasidelito de lesiones graves, resultando finalmente condenado. Entretanto, la Superintendencia de Pensiones, a través de su Comisión Médica, le otorga a la Sra. Leal la calificación de invalidez permanente, con menoscabo de la capacidad del trabajo de un 88,56%.

Cabe señalar que la demandante solicita que se declare que el origen de la responsabilidad del odontólogo es de tipo extracontractual, derivada de un cuasidelito, fundando dicha obligación en los artículos 1.437 y 2.284 del Código Civil, y desarrollado en los artículos 2.314 y siguientes del mismo cuerpo legal, que regulan la responsabilidad extracontractual.

Resuelve el tribunal primero, teniendo en consideración que en aquel momento ya se encontraba la sentencia penal definitiva ejecutoriada respecto a la condena al facultativo en calidad de autor de cuasidelito de lesiones graves, a la pena de presidio menor en su grado mínimo y a la pena accesoria de suspensión del cargo y oficio público durante el tiempo que durase la condena. En este sentido, considera el tribunal civil que dicha condena produce el efecto de cosa juzgada, incluso en materia civil, en razón del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, puesto que esta se funda en los mismos hechos que sustentan la demanda civil.

Se determina además que el Sr. Songer no solo actuó en forma culpable, sino que también alejado de la *lex artis* odontológica.

Ya establecida la responsabilidad del demandado, el 2° Juzgado Civil de Santiago procede a realizar una singular y novedosa fórmula de determinación de los daños: en cuanto al daño emergente, considera los ítems debidamente justificados en que ha incurrido en gasto la actora, tanto en medicamentos como en atenciones médicas y le suma a este concepto el daño emergente futuro, en el cual realiza un promedio de gastos mensuales en medicamentos (con los datos aportados por la demandante), y los multiplica por los meses de vida que le podrían quedar a la Sra. Leal, utilizando de base el promedio de esperanza de vida del Instituto Nacional de Estadísticas, el cual es de 80 años para el sexo femenino.

En cuanto al daño moral, el sentenciador estima que se produjo efectivamente una afectación a la integridad física y síquica de la actora, el cual está asegurado en el artículo 19 N° de la Constitución Política de la República, avaluando finalmente el daño moral en \$50.000.000, cifra muy por sobre el promedio de reparación que se da en sede civil.

Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 14 de junio de 2019.<sup>148</sup>

La importancia de esta causa radica tanto en aspectos procedimentales, respecto a la innovación en la forma de calcular el daño emergente, como en el monto de evaluación del daño moral, el que se acerca a la idea de justicia correctiva, poniendo acento en la reparación de la víctima del daño, alejándose del criterio de justicia retributiva que impera en materia de responsabilidad por culpa o negligencia.

#### **4.1.5 Evaluación judicial de los perjuicios**

##### **Torres/Corporación Municipal de Castro<sup>149</sup>**

Conoce el Juzgado de Letras de Castro de demanda en juicio ordinario de indemnización de perjuicios por parte de M.J Torres, en contra de la Corporación Municipal de Castro, por la responsabilidad extracontractual que le cabría a la misma en la realización de un procedimiento dental llevado a cabo en el Cesfam de la misma comuna. Detalla la demandante que la dentista P.M.S le practicó un tratamiento de rutina consiste en sacarle un nervio dental y sellar la zona. Al momento de practicar el procedimiento, se da cuenta que también se perforó la encía y hueso, procediendo a realizar un segundo procedimiento para tapar y sellar la zona, indicando que lo ocurrido “pasa habitualmente”. En lo posterior, la Sra. Torres sufre dolores y malestares que son tratados en el mismo centro médico, sin resultado favorable.

Por su parte, la Corporación Municipal demandada indica que la perforación fue tratada según protocolo detallado en informe técnico y que la paciente fue derivada oportunamente a un especialista, que se realizaron procesos médicos idóneos y que la pieza dental evoluciona favorablemente, que más que causarle un perjuicio se le ha otorgado una solución al problema dental de la actora y que éste se produjo por la negligencia de la paciente de no acudir oportunamente al Cesfam.

---

<sup>148</sup> Rol 5040-2018, Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>149</sup> Causa Rol C-38.754-2010, Juzgado de Letras Civil de Castro

Por medio de la prueba rendida, el tribunal concluye que existió un actuar negligente por parte de la dentista que realiza un procedimiento alejado de la *lex artis* odontológica, perforando el diente y encía de la paciente.

Resulta relevante en este caso los puntos que considera el tribunal para evaluar los perjuicios sufridos por la víctima, considerando que se trata de “una actividad intelectual desarrollada en base a parámetros subjetivos, que involucra el análisis de las pruebas rendidas y el resguardo de evitar que la indemnización se constituya en un objeto de ganancia para la víctima” y que el monto se establecerá “dado el dolor, molestia e inquietud, natural y propio de una lesión de esas características, teniendo además en consideración, la edad de la víctima, la naturaleza de la lesión sufrida, el tiempo promedio de recuperación de la misma, los apremios económicos para el restablecimiento de la salud, y la aflicción o pena propia del hecho de haberse visto afectado su derecho a la salud y a la estética”

Si bien el sentenciador no explica de qué perjuicios se trata esta evaluación, se desprende que se trata de aquellos no patrimoniales, puesto que sólo acoge en definitiva el daño moral, desechando la indemnización por daño emergente. En este sentido realiza una pormenorización de qué elementos se consideran relevantes a la hora de evaluar el daño, el cual no se encuentra regulado taxativamente y permite al juez realizar dicha actividad intelectual, reparando siempre en no convertir esta indemnización en un enriquecimiento indebido del demandante, e incorporando dentro de los derechos resarcidos uno que no se considera dentro del orden relevante del catálogo de derechos protegidos por la Constitución en su artículo 19, cuál es, el derecho a la estética, el que podemos relacionar con el derecho a la propia imagen. Llamam la atención otras circunstancias consideradas en esta evaluación, como la edad de la víctima, tiempo de recuperación del daño ocasionado o los apremios económicos que ésta haya sufrido para restablecer su salud, en el sentido de que éstos parecieran conducir a fines de justicia, más que de reparación de los daños no patrimoniales.

#### **4.1.6 Falta en los deberes de información del paciente al odontólogo**

**Chavarría Soto Jovi/Villareal<sup>150</sup>**

El 28º Juzgado Civil de Santiago dicta sentencia de rechazo de acción indemnizatoria en sede contractual. La paciente demanda a su odontólogo por haberse producido, con ocasión de un tratamiento de endodoncia practicado por el demandado, una patología denominada Osteomelitis, una condición dolorosa que requiere varios cuidados curativos.

---

<sup>150</sup> Causa rol C-25.075-2008, 28º Juzgado de Letras Civil de Santiago.

La demandante basa su argumento en que la práctica de dos procedimientos simultáneos en la endodoncia se considera mala praxis por parte de la ciencia odontológica, y el demandado se defiende indicando que se siguieron todos los protocolos propios para este tipo de cirugía, y presenta informe de otro facultativo odontológico, quien señala que la Osteomielitis que aqueja a la demandada era una posibilidad, considerando que la paciente sufría de Diabetes mellitus, enfermedad que no le informó a su dentista tratante, y que en definitiva el tribunal consideró al momento de desechar el nexo causal entre el tratamiento de endodoncia practicado y la Osteomielitis que con posterioridad se desarrolló en la paciente, puesto que no fue posible establecer la existencia de un hecho culposo. Habrá que preguntarse si el tribunal habría arribado a la misma conclusión si la demandante hubiese entregado información oportuna de su condición médica a su dentista tratante, y si éste le hubiese informado los riesgos que conllevaba el tratamiento.

Esta causa fue apelada, y rechazada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago<sup>151</sup>.

#### **4.1.7 Consentimiento informado al paciente**

##### **Riquelme/Frene<sup>152</sup>**

Se rechaza acción de indemnización de perjuicios en materia contractual, con fecha 04 de octubre de 2014, sentencia dictada por el 3º Juzgado Civil de Santiago. Presenta la demanda V. Riquelme; acude la demandante a extraerse dos muelas con el dentista G. Frene. Luego de extraídos ambas piezas, ocurriendo una parálisis facial a la paciente de tal envergadura que la Comisión Médica de la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones decreta su invalidez total para trabajar, al sufrir una Neuropatía Traumática del nervio lingual, lo que le impide hablar correctamente, y siendo ella educadora diferencial titulada, se hace indispensable tener una vocalización adecuada, por lo cual solicita una indemnización por daño moral, atribuyendo la patología presentada a la mala praxis del dentista tratante.

La defensa del demandado se funda, entre otras cosas, en que al analizar el odontólogo las radiografías de las piezas dentales de la demandante, observa complejidades para la extracción, por lo cual procede a explicarle a la paciente en qué consistiría el procedimiento y la eventual complejidad en la extracción de la pieza dental, recibiendo el consentimiento expreso de la demandante de seguir adelante con la cirugía. Presenta además, prueba pericial de odontólogos especialistas en la materia, quienes concuerdan en que “cualquier otro cirujano habría realizado la prestación en las mismas condiciones y con la misma

---

<sup>151</sup> Rol 507-2012, Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>152</sup> Causa rol C-2.996-2010, 3º Juzgado de Letras Civil de Concepción

técnica”, además de que el nervio dañado no afecta la pronunciación de fonemas, sino más bien genera sensibilidad en cambios térmicos, gustativos y del tacto.

Resuelve finalmente el tribunal desechar la acción por no existir más que prueba testimonial de legos en la ciencia dental que acreditaron los pesares que había sufrido con posterioridad a la cirugía dental, versus la prueba testimonial del demandado que desacredita, por medio de destacados odontólogos, la mala praxis aducida, jugando un papel fundamental la calidad de los medios probatorios presentados por ambas partes.

Esta sentencia fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

#### **4.1.8 ¿Obligación de medios o de resultado?**

##### **Lufin/Barrientos<sup>153</sup>**

Con fecha 16 de marzo de 2015, en el 9º Juzgado Civil de Santiago se dicta sentencia de rechazo sobre acción de indemnización en sede extracontractual, interpuesta en forma solidaria contra la cirujana dentista que atiende en consultorio particular, de iniciales M.B.P y contra la Corporación de Salud Laboral CChC. Relata el demandante que acude a la consulta de la facultativa M.B.P por un folleto publicitario de la Caja de Compensación Los Andes, con la que tenía convenio y de la cual era afiliado, para realizarse una serie de tratamientos dentales de conducto para salvar algunas piezas dentales en mal estado. Se realizó el tratamiento de forma parcial y en lo posterior, perdió una de sus piezas dentales. Recurre entonces a la Caja de Compensación señalada reclamando por la atención de la dentista con la que existía el convenio, ya que los folletos indicaban que la profesional era parte de convenios que ofrecían, comprometiéndose la institución a repararle el daño provocado por la profesional demandada, solo que a través de una institución diferente: la Corporación de Salud Laboral CChC. El demandado accedió, y al momento de ir a tratarse con estos facultativos se le extraen 4 piezas dentales en mal estado.

Se defiende la demandada M.B.P aduciendo a que le realizó la debida anamnesis al paciente, quien le indica tener temor a los procedimientos dentales por malas experiencias anteriores y ser paciente cardiaco, y que con estos datos, tiene especial cuidado en la prestación de sus servicios profesionales sanativos. Señala asimismo que la serie de situaciones que se desarrollaron en lo posterior relacionados a la dentadura del demandante dicen relación con un estado de salud bucal del paciente seriamente deteriorado, con falta de higienización adecuada, lo cual no le resultaría atribuible a la facultativa.

---

<sup>153</sup> Causa rol C-37.737-2012, 9º Juzgado de Letras Civil de Santiago

Contesta también la demanda la Corporación de Salud Laboral, indicando que no existe nexo entre la demandada y ellos, que la naturaleza de las prestaciones realizadas es diferente, y que en definitiva sus profesionales actuaron en conformidad a los procedimientos médicos y a la *lex artis* que rige su disciplina, y que el paciente presentaba serios problemas dentarios y de salud bucal, diagnosticado con una enfermedad periodontal severa, severo mal en las encías y pus en las raíces de piezas 25 y 26. Señala en lo sucesivo que la obligación de los profesionales de la salud es de medios, lo que implica que deben actuar conforme a niveles de prudencia y diligencia debidos para procurar el interés que persigue, y así, de no obtenerse el beneficio querido, no se infiere que haya culpa.

Como medio de prueba, se emite informe de dentista contralora, quien reafirma el mal estado en la dentadura del paciente, sumado a un tabaquismo severo (consumo de más de 20 cigarrillos diarios) que genera un factor de riesgo en la enfermedad periodontal del paciente y que puede producir la pérdida de piezas dentales, más una falta de higiene adecuada, que generó focos de infecciones en sus piezas dentales, las que si no eran extraídas en forma oportuna, el paciente podía morir.

El tribunal determina, a la luz de este antecedente, que si bien hubo pérdida de piezas dentales durante en tratamiento, resulta evidente que estas se produjeron por el mal estado general del paciente, y que no cabe más que advertir que en este procedimiento de salud conllevaba riesgos importantes por el daño en la dentadura del paciente, por lo que se trató una obligación de medios y no de resultados, exonerando a los profesionales. Esta causa no fue apelada.

#### **4.1.9 Naturaleza de la obligación del odontólogo**

##### **Ramos/Silva<sup>154</sup>**

Con fecha 29 de noviembre de 2010, el 20 Juzgado Civil de Santiago dicta sentencia de rechazo en acción de indemnización de perjuicios en sede extracontractual, y en subsidio demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios. Relata el demandante que acude a la consulta del demandado, el odontólogo R. Silva, con el fin de realizar un cambio de implantes dentales para mejorar su imagen, ya que trabaja en forma independiente como contador auditor y considera que ese aspecto es relevante para alguien de su profesión. Prosigue indicando que se le realiza tratamiento de implantología en forma deficiente, por lo que acude a otro profesional, quien le indica que el tratamiento estaba mal realizado. Se defiende el demandado indicando que el demandante presentaba serios problemas dentales,

---

<sup>154</sup> Causa rol C-10.547-2009, 20º Juzgado Civil de Santiago.

que cumplió con todas las reglas de la Lex Artis, y que no existe relación de causalidad entre el hecho y los daños reclamados.

Desestima la demanda el juez, entre otras circunstancias, por existir un estatuto de responsabilidad primario, de responsabilidad contractual, al cual se le aplican las acciones indemnizatorias en sede extracontractual reglamentadas en los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil en forma residual. Y por otra parte, que no existiendo un pacto expreso respecto a la naturaleza de la obligación del demandado, estima que se trata de una obligación de medios y no de resultados, por lo cual solo se exige la aplicación de conocimientos y capacidades en el servicio otorgado al paciente, mas no de un resultado exitoso, desestimando finalmente la demanda por falta de prueba que llevase a demostrar que en la conducta del demandado no se observó el cuidado requerido.

Esta sentencia fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

#### **4.1.10 Naturaleza del contrato**

##### **Vásquez/ Caja de Previsión de la Defensa Nacional<sup>155</sup>**

Presenta su demanda el señor Luis Vásquez Sobrevia, por indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, en adelante Capredena, y subsidiariamente por responsabilidad extracontractual en contra de doña Claudia Montini Sartori. Resuelve el 18° Juzgado Civil de Santiago.

Los hechos se inician cuando el demandante concurre al Centro de salud Capredena, el 14 de enero de 2010, con la finalidad de realizar un tratamiento de ortodoncia para mejorar su estética dental e imagen personal. La dentista Pamela Gómez es la encargada de dicha misión, e indica al paciente, el Sr. Vásquez, que antes de iniciar el tratamiento es necesario la extracción de una pieza dental, por lo cual éste pide hora con la doctora Montini, cirujana maxilofacial, la que procedió a extraer la pieza dental en la sesión programada. Refiere el demandante que la extracción se realizó en un procedimiento extenso, en el cual asistió otro profesional dental, el Dr. Zivoc, quien manifestó en más de una ocasión que se estaba extrayendo parte del hueso, situación que habría sido refutada en todo momento por la Dra. Montini. Producto de esta intervención, el demandante desarrolló diversos problemas de salud en la zona bucal tratada.

Responde el demandado principal, indicando que la facultativa que realizó el procedimiento no es funcionaria de la institución si no que se rige por las normas del Código Civil, que

---

<sup>155</sup> Causa rol C-28.071-2014, 18° Juzgado de Letras Civil de Santiago

Capredena cumplió en forma cabal y oportuna sus obligaciones y que en definitiva no concurre uno de los elementos exigidos en materia de responsabilidad contractual, cual es la mora del deudor. Añade a su argumentación que los organismos del Estado sólo responden por falta de servicio, lo que no puede ser reprochado al demandado.

Por su parte, la defensa de la Dra. Montini argumenta que ha operado la prescripción de la acción conforme a los artículos 2.514 y 2.332 del Código Civil, pues la intervención se realizó el 04 de Marzo del 2010 y la notificación de la demanda el 16 de febrero de 2015, cumpliéndose con creces el plazo de 4 años establecido en el artículo 2.332 del Código Civil, excepción que en definitiva es acogida por el tribunal.

Respecto a la demanda principal, el tribunal resuelve que no es posible establecer incumplimiento alguno por parte de Capredena, desechando la demanda en todas sus partes.

Recurre el demandado por vía de apelación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, quien confirmó la sentencia apelada.

Ante dicha resolución, recurre el demandado por vía de casación en la forma y en el fondo, fundamentada la primera en la contravención de los numerales 4to y 5to del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, en razón de no haberse pronunciado la Corte de Apelaciones recurrida sobre las consideraciones de hecho ni de derecho de la misma. En este sentido, argumenta el demandante respecto del numeral 4to del citado texto legal, que no se ha considerado dentro de la prueba presentada el informe pericial que sostiene que “existe daño maxilar superior (...) atribuible al uso de instrumental rotatorio y que la pérdida de tejido dentario en la raíz del segundo premolar... no se ajusta a la práctica odontológica habitual”, como tampoco el resto de la prueba rendida, incorporada en el proceso, la que establece el detrimento económico y moral del demandado, pruebas que en definitiva no fueron ponderadas.

En cuanto a la reclamación de falta de análisis jurídico, del numeral quinto del art. 768 del Código de Procedimiento Civil, fundamenta su argumentación sobre la base de haberse desechado la posibilidad de incumplimiento contractual, todo sin expresar normas legales, en especial en lo relativo a la culpa y presunción de incumplimiento, análisis de derecho que se omite en el fallo recurrido.

La Corte Suprema toma estos argumentos, señalando que el tribunal inferior debió al menos considerar lo establecido en el art. 1.547 del Código Civil, que dispone que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla”, y que por lo mismo era de cargo

del deudor demandado probar que la intervención dental se realizó ajustada a la lex artis odontológica en el caso en concreto.

Es así que la sentencia de reemplazo<sup>156</sup> se hace cargo de establecer la naturaleza de la responsabilidad en que incurre Capredena, enmarcándola dentro de los servicios del Estado, según lo establece el D.F.L N°31, artículo primero, estableciendo que la responsabilidad sanitaria de un órgano del Estado se encuentra regulada en el artículo 38 de la ley N° 19.966, la que establece en su inciso primero: “Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio”.

#### **4.1.11 Corolario de la jurisprudencia estudiada**

Las sentencias estudiadas en este acápite nos permiten concluir que la jurisprudencia nacional ha jugado un papel fundamental a la hora de definir el contrato de prestación odontológica, sus efectos y el marco normativo que lo acompaña. En este sentido, la dispersión normativa genera efectos negativos a la hora de establecer las responsabilidades que caben a las partes durante el desarrollo de la prestación, cuestión que en gran medida ha sido subsanada por los jueces de fondo.

De los diez fallos analizados, en el primero, la jurisprudencia analiza el caso como una hipótesis perfecta del actuar negligente de un agente del estado, lo que derivó en definitiva en establecer la existencia de una responsabilidad por falta de servicio del servicio de salud comunal.

Por su parte, en el segundo y tercero el juez rechaza la demanda por falta de prueba que permita establecer el nexo causal entre la acción ilícita y el daño.

En el cuarto y quinto fallos analizados, los jueces del fondo calculan la indemnización de perjuicios considerando una serie de elementos, como gastos de la víctima, atenciones médicas, considerar el número de años de vida que le quedan de vida, edad en que la víctima sufre el daño, el promedio de tiempo de su recuperación, la afectación de su imagen, entre otros. Todos estos elementos mencionados sirvieron para determinar una cifra de indemnización muy por sobre el promedio de reparación que se da en sede civil comúnmente y que muestran claramente un enfoque de justicia correctiva.

Los fallos sexto y séptimo dicen relación con el consentimiento informado, y los tribunales rechazaron la demanda indemnizatoria porque la víctima simplemente no pudo probar el

---

<sup>156</sup> Rol 44.501-2017, Corte Suprema.

cumplimiento de los deberes de información que le corresponden al odontólogo. Esto demuestra la asimetría en términos probatorios del paciente a quien le resulta muy difícil poder probar este tipo de hechos sumado a que por regla general el contrato celebrado es de naturaleza consensual y no escrita, como es nuestra recomendación.

Finalmente, los últimos tres fallos analizados (octavo, noveno y décimo), dicen relación con la naturaleza del contrato: refuerzan la teoría de que el servicio odontológico privado restaurativo suele ser más bien una obligación de medios que de resultados, en la cual el hecho de probar el mal estado de la salud bucal del paciente, más la realización de un tratamiento con estándares clínicos adecuados, permiten descartar el actuar negligente o doloso del profesional.

## 4.2 Jurisprudencia administrativa Ley GES

Previo a la dictación de la Ley GES, la responsabilidad de los prestadores de la red pública de salud estaba prescrita esencialmente en dos cuerpos legales: en los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución y de forma más específica por los artículos 4 y 44 de la Ley 18.575 Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (en adelante LOCBAE). El gran aporte de la Ley GES fue incorporar en su Título III (denominado “De la responsabilidad en materia sanitaria”) una regulación especial para el sector público en caso de reclamarse una indemnización de perjuicios ante un caso de falta de servicio por parte de los órganos de la administración del Estado. En este sentido, Ramón Domínguez Hidalgo señala que “este tipo de responsabilidad tiene una naturaleza jurídica propia y distinta de la responsabilidad extracontractual y contractual del Código Civil Chileno. Por ello es que se le puede denominar *responsabilidad administrativa sanitaria*. Es cierto que existen muchas opiniones y sentencias que han pretendido *civilizar* esta responsabilidad. Sin embargo, es lo cierto que, tanto en la historia de la ley como en sus disposiciones, queda en claro que estamos frente a una responsabilidad distinta y especial.”<sup>157</sup>

Del análisis del artículo 38 de la Ley GES<sup>158</sup>, y los artículos 4 y 44 de la LOCBAE<sup>159</sup> se puede concluir que los criterios y requisitos para que nazca la responsabilidad del Estado por falta

---

<sup>157</sup> DOMINGUEZ, H., R. 2014. Derechos y Deberes de los Pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. Santiago, Chile. 58p.

<sup>158</sup> Art. 38 Ley GES: Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.

<sup>159</sup> Art. 4 LOCBAE: Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

Art. 44 LOCBAE: Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

de servicio son distintos a los conceptos de responsabilidad civil que contempla el Código de Bello. La existencia del estatuto de responsabilidad administrativa sanitaria ha sido ratificada por nuestros Tribunales en una serie de fallos.

Por ejemplo, el Vigésimo Juzgado Civil de Santiago el año 2012 sentenció que *“en materia de responsabilidad médica -de la que tratan estos autos- habrá que estarse a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley N° 19.966, el que establece un sistema de responsabilidad por falta de servicio, especial y subjetiva, debiéndose por tanto acreditar el dolo o culpa de los funcionarios del Hospital para así hacer efectiva la responsabilidad del Estado”*.<sup>160</sup>

También se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Concepción, quien en el año 2014 falló que *“la responsabilidad del Estado en materia sanitaria se genera por la existencia de falta de servicio, factor de imputación de carácter subjetivo que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él y estimándose que ello concurre cuando el Servicio no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente. El artículo 38 de la Ley N° 19.966 establece en su inciso primero: Los Órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a los particulares por falta de servicio”. Luego, su inciso segundo señala: “El particular debe acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del Órgano, mediando dicha falta de servicio.”*<sup>161</sup>

Como corolario de lo anterior, la Corte Suprema el año 2012 conociendo los recursos de casación en la forma y en el fondo sentenció que *“no corresponde en este nuevo sistema de responsabilidad hacer aplicación de las normas de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil. Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil se indica textual y expresamente en el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 164). En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público, como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).”*<sup>162</sup>

Para cerrar esta idea vale destacar que el año 2018 la Corte Suprema también conociendo de los recursos de casación en la forma y en el fondo falló que *“en materia sanitaria el 3 de*

---

<sup>160</sup> 20° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2012, Rol C-15.868-2010 (Jara con Servicio de Salud Metropolitano Norte), considerando segundo.

<sup>161</sup> CORTE APELACIONES DE CONCEPCION, sentencia de fecha 31 de julio de 2014, Rol 1186-2013 (Flores con Servicio de Salud Arauco), considerando 4.

<sup>162</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Rol N° 8044-2010 (Llanca Viguera con Fisco de Chile) considerando 9

septiembre de 2004 se publica la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, cuerpo normativo que introduce en el artículo 38 la responsabilidad de los Órganos de la Administración en esta materia, la cual incorpora –al igual que la Ley N° 18.575- la falta de servicio como factor de imputación que genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que éstos sufran a consecuencia de la actuación de los Servicios de Salud del Estado.”<sup>163</sup>

### 4.3 Jurisprudencia LPDC

La Corte Suprema ya ha hecho aplicable las reglas de la LPDC a litigios vinculados con prestaciones de salud, considerando que se trata de una ley especial cuando hay uno o más consumidores perjudicados.

Por ejemplo, el año 2007 el centro médico Integramédica de la comuna de Las Condes fue condenado a pagar cuatro millones de pesos a Juvenal Eduardo Gaete Hanning, quien los días 7 de septiembre y 6 de octubre de 2004 asistió a realizarse un examen de biopsia donde ocurrieron una serie de errores atribuibles a desperfectos en los equipos del establecimiento de salud. Sobre este caso particular la Corte Suprema rechazó un recurso de queja interpuesto por el centro privado de salud Integramédica el cual argumentó que no correspondía la aplicación de la LPDC por ser el objeto del juicio el debate en torno a la calidad de la prestación médica. Al respecto la Corte determinó que *“la incorporación de las prestaciones de salud reguladas en la Ley N° 19.955, precisan que se estuvo a lo dispuesto en la letra d) de su artículo 3°, el cual previene como derecho básico del consumidor la seguridad en el consumo de bienes y servicios, la protección de la salud y el medio ambiente.”*<sup>164</sup>

En otro caso, la Corte Suprema acoge un recurso de queja interpuesto por el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, pero no porque no sean aplicables las normas del derecho de consumo, sino porque el actor no acreditó la infracción a los artículos 12 y 18 de la LPDC en el juicio. En este litigio un paciente reclamó por un aumento en el costo de su hospitalización, lo cual consideró como una conducta arbitraria dado que señala que dicho incremento en el valor del servicio fue fijado con posterioridad al consentimiento en torno al precio del tratamiento. La Corte Suprema falló que no se pudo acreditar las infracciones a los artículos 12 y 18 de la LPDC dado que el presupuesto entregado por el Hospital Clínico de la Universidad de Chile solo era una estimación, lo cual fue informado al paciente o consumidor.

---

<sup>163</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 27-12-2018, Rol 43.406-2017 (Retamal Solís con Secretaría Regional Ministerial de Salud), considerando 14.

<sup>164</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 23 de octubre de 2007, Rol 3667-2007 (Gaete con Integramédica Las Condes), considerando 2.

Entre sus argumentos la Corte Suprema señala que “ *en lo que toca al valor de la intervención, constituye un hecho de la causa, reconocido por ambas partes, que se originó entre el presupuesto inicial y el definitivo una diferencia en contra de la consumidora por un mayor valor que ascendió a \$1.263.795.- (un millón doscientos sesenta y tres mil setecientos noventa y cinco pesos), pero no es efectivo que esa eventualidad fuera desconocida por uno de los contratantes, tal como lo demuestra el documento por ella acompañado a fojas 5, en donde se consigna que los valores indicados en el presupuesto preliminar correspondían a una estimación del gasto por hospitalización, pero que la cuenta definitiva podía variar de acuerdo a la evolución del estado de salud del paciente, la complejidad de la intervención quirúrgica si la hubiere y los insumos especiales utilizados en esta última, condicionantes de variabilidad de costos, que sumada a su razonabilidad, se explica atendida la naturaleza de la intervención practicada, de complejidad técnica, como acontece con un bypass gástrico, todo lo cual impide configurar las infracciones denunciadas.*”<sup>165</sup>

#### **4.4 Jurisprudencia Decreto Ley 211.**

El Decreto Ley Número 211 (en adelante D.L. N° 211) es aquel cuerpo legal que fija normas para la defensa de la libre competencia en los mercados. Constituye el ordenamiento jurídico general para Chile en esta materia y en los últimos años el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) han debido pronunciarse sobre asuntos relacionados con la salud oral en Chile.

##### **4.4.1 Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (rol 420-2014).**

El 3 de abril del 2014, el Colegio de Cirujano Dentistas solicitó mediante un procedimiento no contencioso al TDLC (rol 420-2014) que se pronunciara en torno a si la fijación de aranceles de referencia y la estimación de costos y/o insumos que utilizan los dentistas, constituían o no conductas contrarias a la libre competencia.

En su consulta, la asociación gremial manifestó que actualmente se encuentra regida por las normas del D.L. N° 2.757 de 1979, por el D.L. N° 3.621 de 1981 y por sus propios estatutos. Además, indicó que conforme al artículo 7° del D.L. N° 2.757 de 1979, las normas estatutarias son imperativas y obligatorias para las entidades gremiales que las han adoptado voluntariamente. Luego, hace presente al Tribunal que el numeral 5 del artículo 3° de sus estatutos dispone que: “para cumplir sus objetivos entre otras acciones, el Colegio procurará:

---

<sup>165</sup> CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 28 de diciembre de 2011, Rol 8905-2011 (Contreras con Hospital Clínico de la Universidad de Chile).

Velar que las condiciones económicas y de trabajo de los Cirujano Dentistas sean adecuadas, procurando la aplicación de normas y procedimientos justos y objetivos”.

En relación con dicho objetivo es que se generó la consulta al TDLC ya que actualmente la finalidad del Colegio de Dentistas no es fijar aranceles de honorarios, es decir como una imposición de precios y/o valores de prestación de servicios que debe ser asumida y aplicada por sus afiliados , sino fijar una base de apoyo o de comparación de valores que pueda ser aplicada fundamentalmente por los cirujanos dentistas que se insertan al mundo laboral, quienes son inexpertos en cuanto qué rango de precios cobrar por una determinada prestación de servicios.

El TDLC, finalmente determinó que los beneficios del establecimiento de aranceles de referenciales para los profesionales podrían resultar en un atentado a la libre competencia si no se resguardan ciertas condiciones en su establecimiento como objetividad, imparcialidad y científicidad del cálculo. A continuación señalamos las condiciones que determinó el TDLC para que la determinación de un arancel de referencia genere menos riesgos desde el punto de vista de la libre competencia:

1. No deben establecerse precios de referencia respecto de prestaciones en que existe un número reducido de oferentes en el mercado relevante;
2. No deben establecerse precios de referencia basados en estimaciones de ingresos esperados;
3. En los demás casos, los precios de referencia deberán: i. Ser establecidos en base a variables históricas (precios, costos, entre otras); ii. Ser determinados por un tercero independiente; iii. Entregar información agregada, es decir, que no sea posible identificar a los respectivos prestadores; iv. Ser de adscripción voluntaria, sin que puedan imponerse sanciones a aquellos asociados que no los adopten; y v. Estar a disposición del público en general.

En relación con la petición subsidiaria del Colegio de Dentistas, esto es, si la estimación de costos y/o insumos a utilizar por los dentistas, así como la entrega de cualquier tipo de información respecto a la reajustabilidad de dichos costos, insumos y/o valoración de prestación de servicios relacionadas con el área odontológica pueden llegar a ser consideradas como conductas contrarias a la libre competencia se resolvió por parte del TDCL que sólo la entrega de información del ente gremial a sus asociados acerca de los costos históricos que representa para el promedio de los profesionales el realizar los

tratamientos, basándose para ello en encuestas o estudios, no infringe las disposiciones del D.L. N° 211.

Esta sentencia nos parece interesante por dos razones. En primer lugar, el Colegio de Cirujano Dentistas de Chile es la primera asociación gremial que de manera voluntaria efectuó una consulta de esta naturaleza. Por lo tanto, el fallo sirve de referencia para situaciones similares que afecten a otros colegios profesionales. En segundo lugar, esto confirma una vez más que la gran mayoría de prestaciones odontológicas en Chile se encuentran inmersas dentro de las reglas económicas del libre mercado. No debemos olvidar lo ya indicado en el capítulo I de este trabajo, en relación a que el 70% de los pacientes por consultas dentales se atiende en el sector privado de salud. En este sentido, el presidente del Colegio de Dentistas señaló que “más allá de la importancia de este fallo, hay un tema de fondo que nos parece más crucial: el Estado debe asumir su responsabilidad para que el acceso a la salud bucal sea un derecho de nuestros compatriotas. En la sociedad hacia la que esperamos avanzar, nos gustaría que las atenciones odontológicas no sean del ámbito de la libre competencia”<sup>166</sup>.

#### **4.4.2 Resolución de la Fiscalía Nacional Económica (rol 2499-18).**

El 1 de junio del año 2018 el Colegio de Cirujanos Dentistas de Chile solicitó a la FNE (rol 2499-18) investigar los efectos de la integración vertical en el área de la salud oral y los riesgos que implica para la libre competencia. Las conductas denunciadas fueron las siguientes:

A) las ISAPRES incurrirían en conductas exclusorias puesto que favorecerían a sus prestadores relacionados al pactar convenios con ellos para ofrecer mejores precios a los usuarios,

B) la entrega de información o publicidad engañosa por parte de las ISAPRES a sus afiliados respecto de los precios de las prestaciones dentales.

La FNE en su resolución de fecha 2 de abril del 2019 desestimó los argumentos presentados por el Colegio de Dentistas y todo terminó en el archivo del procedimiento. Sin embargo, resulta interesante analizar las razones del ente fiscalizador que sirven de abono a nuestra investigación.

---

<sup>166</sup><http://www.colegiodentistas.cl/inicio/2014/12/18/tribunal-de-la-libre-competencia-valida-arancel-de-referencia-del-colegio-de-dentistas/> (consultado el día 1 de marzo 2019).

Sobre el primer punto, la FNE determinó que las ISAPRES carecen de poder de mercado para incurrir en conductas exclusorias. La Fiscalía señaló que si se toma en cuenta la población total del país se puede observar que el 80,4 % de los chilenos está afiliado a FONASA y el 19,6% a una ISAPRE, por lo tanto, sería muy difícil que las ISAPRES puedan afectar la libre competencia dado que los prestadores de servicios odontológicos pueden brindar atención tanto a afiliados de FONASA como de ISAPRE. A su vez, la FNE concluyó que los convenios que tienen la ISAPRES con sus prestadores son para atenuar la falta de financiamiento en torno a la salud dental en Chile. Lo anterior se contempla en el considerando 6 de la resolución de FNE que dispone: *“de acuerdo a lo informado por la Superintendencia de Salud, en general, las prestaciones de salud dental no se encuentran incorporadas en los aranceles de las prestaciones de las ISAPRES, y por lo tanto, los afiliados no tienen derecho a cobertura en el ámbito de los planes de salud, salvo aquellas que la ley expresamente señala.”*<sup>167</sup> En síntesis, argumentos de la FNE para desestimar que las ISAPRES incurrir en conductas exclusorias dan cuenta de lo que hemos señalado en nuestra investigación en cuanto a que el paciente que necesita acceder a la salud oral debe ingresar a un mercado en el cual se encuentra mucho más vulnerable que otros tipos de usuarios porque debe solventar el 100 % del tratamiento sin contar con algún tiempo de bonificación o copago por parte del sistema de salud, a excepción que se trate de las patologías GES contempladas en la Ley 19.966.

Sobre el segundo punto, en cuanto a la entrega de información o publicidad engañosa por parte de las ISAPRES, la FNE consideró que en realidad se trataría de un problema de *“costo de búsqueda de la información por parte de los beneficiarios.”*<sup>168</sup> Este último argumento también es relevante porque según la teoría económica los costos de búsqueda se definen como *“aquellos costes en los que incurre el consumidor cuando recopila información útil sobre la oferta de modo de poder identificar los productos o servicios más idóneos para satisfacer una necesidad.”*<sup>169</sup> Como se puede apreciar, también existe un reconocimiento tácito por parte de la FNE al considerar al paciente como un consumidor para explicar el fenómeno de la oferta en la salud bucal.

---

<sup>167</sup> Fiscalía Nacional Económica. Resolución de fecha 2 de abril de 2019, considerando 5. Rol 2499-18

<sup>168</sup> Fiscalía Nacional Económica. Resolución de fecha 2 de abril de 2019, considerando 8. Rol 2499-18

<sup>169</sup> <https://economipedia.com/definiciones/costes-de-busqueda.html> (consultado el día 3 de abril de 2019)

## 4.5 Jurisprudencia España.

En esta sección de nuestro estudio revisaremos algunas sentencias destacables de la jurisprudencia española, la cual desde la década de los 90` ha entregado una solución jurídica satisfactoria y coherente en torno a cómo debe abordarse la responsabilidad civil contractual en el caso particular de la odontología. Para ello, se revisarán los fallos cronológicamente del más antiguo al más reciente, destacando los fundamentos jurídicos más relevantes para su resolución y que ilustran lo planteado en nuestra investigación. Destacamos que las primeras dos sentencias versan sobre una especialidad médica distinta a la odontología, y que los incorporamos porque sirvieron de fundamento a la jurisprudencia que se desarrolló con posterioridad a un fallo de 1999 donde el Tribunal Supremo español sentó las bases jurisprudenciales para determinar el estatuto contractual del odontólogo.

### 4.5.1 Sentencia Tribunal Supremo de 07-02-1990. ROJ<sup>170</sup> 993/1990.

En esta causa la demandante sufrió una lesión ocular dentro de un contexto de una intervención quirúrgica por parte de un médico. Si bien en primera y segunda instancia las sentencias otorgaron indemnización a la víctima, el Tribunal Supremo resolvió, conociendo del recurso de casación, negar la suma de dinero por considerar que la lesión ocular se debió esencialmente a una complicación médica que está comprendida dentro del elemento aleatorio involucrado en un procedimiento de salud de esta naturaleza.

Lo importante a destacar de este fallo se encuentra en el 4º fundamento de derecho, que define la naturaleza jurídica del contrato médico como arrendamiento de servicios, para luego resolver que de dicho contrato emana una obligación de medios que se agota en el cumplimiento de la *lex artis* médica y que solamente podría entenderse el caso contrario, es decir, calificar la obligación como de resultado cuando del contenido de la obligación pueda desprenderse un contrato de ejecución de obra dando como ejemplo, la colocación de prótesis dentarias.

El Tribunal Supremo de España señaló que “ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatuto jurídico del médico , sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios (...) cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad

---

<sup>170</sup> Repositorio oficial de jurisprudencia. Equivale en Chile al rol de causa.

médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, 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 o de otra índole, lo que en definitiva conduce a que la actuación de los médicos deba regirse 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 las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional”.

#### **4.5.2 Sentencia Tribunal Supremo de 25-04-1994. ROJ 2851/1994**

Esta causa trató sobre una persona que de forma voluntaria se sometió a un procedimiento de vasectomía para suprimir su capacidad reproductora, sin embargo, luego de semanas de realizada dicha intervención, su cónyuge resultó embarazada de mellizos, no obstante que los exámenes médicos posteriores a su operación comprobaron que el conteo de esperma era nulo. Ante esta situación la víctima interpuso demanda de indemnización de perjuicios contra el médico que realizó la vasectomía, para obtener reparación económica por el daño moral y material que implicó la falta de éxito de su intervención. En primera instancia el tribunal rechazó la demanda, pero en segunda instancia se revirtió parcialmente el fallo otorgando una suma de dinero para compensar los daños alegados. En razón de lo anterior, el médico interpuso recurso de casación en contra del fallo del tribunal de alzada.

Los elementos importantes a destacar en este fallo se encuentran en el 3º fundamento de derecho. El tribunal realiza una descripción de lo que comprende la lex artis médica para luego establecer por primera vez en la jurisprudencia española la distinción entre la medicina con fines terapéuticos y la medicina de tipo voluntaria. Finalmente, el tribunal concluye que respecto de intervenciones médicas de tipo voluntario el deber de información que pesa sobre el facultativo se ve intensificado, en razón de que el paciente acude por su legítima esperanza en la obtención de un resultado satisfactorio, y que en caso contrario el paciente no se sometería al procedimiento quirúrgico.

Respecto de la lex artis, el Tribunal Supremo señaló que esta comprende “ A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que (...) la actuación del médico se rijan 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 de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, 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 que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse 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 este pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.”.

Respecto de la distinción entre medicina terapéutica y voluntaria el tribunal indicó que “en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya solo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado

que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.”

#### **4.5.3 Sentencia Tribunal Supremo de 28-06-1999. ROJ 4583/1999.**

Esta causa trata sobre un procedimiento de colocación de prótesis dentales, realizado a través de una intervención quirúrgica con anestesia general el cual no tuvo éxito para el paciente. En primera instancia el tribunal condenó al odontólogo a pagar parcialmente una suma de dinero para reparar el daño, sin embargo, el tribunal de alzada revocó el fallo. Ante esto, la víctima interpuso recurso de casación.

Esta sentencia sentó las primeras bases de lo que sería el desarrollo jurisprudencial por mala praxis en odontología. Cabe destacar los argumentos del tercer fundamento de derecho, que a su vez se inspiran en las dos sentencias analizadas previamente, donde por medio de la distinción entre medicina terapéutica y voluntaria se establece que en materia de prestaciones de salud existe una gama de especialidades de las cuales se puede concluir que la obligación contraída por el facultativo comprende la obtención de un resultado, estando incluida dentro de estas la odontología sobre colocación de prótesis dentales.

El Tribunal Supremo dispuso que “la relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de 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." En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear ("rehabilitar" dice el dictamen pericial) la boca del paciente, demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación -obligación del resultado- tal como se deduce del dictamen pericial,

debidamente valorado y puesto en relación con la prueba de confesión, ambas pruebas objeto de los motivos primero y tercero de casación que se han estimado.”

**4.5.4 Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 28-10-2000. ROJ SAP TF 2708/2000.**

En esta causa la actora resultó ser una víctima por un mal procedimiento de colocación de prótesis dentales ante lo cual demandó a la Asociación Dental Española, entidad que proveyó los servicios de salud. En primera instancia se acogió la demanda, por lo que la parte demandada entabló recurso de apelación. En los hechos la negligencia se debió a que desde el tallado de las prótesis hasta la colocación de estas había transcurrido casi un año, lo cual se aleja de la *lex artis* que señala que no debiera transcurrir más allá de un mes. Por su parte, la parte demandada argumentó que dicha dilación de tiempo fue a causa de una enfermedad inflamatoria de la paciente ajena al procedimiento dental.

Para resolver este litigio el tribunal de alzada se apoyó en los argumentos ya esbozados por el Tribunal Supremo en la sentencia pasada de 28-06-1999 ROJ 4583/1999. En resumen, el tribunal de segunda instancia llega a la misma conclusión que el tribunal *ad quo* en cuanto a determinar que la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el dentista y su paciente pertenece a un contrato de arrendamiento para la confección de obra, debido a la obligación contraída por el dentista para la colocación de prótesis, de lo cual se espera la obtención de un resultado. Luego el tribunal estima que la carga de la prueba recae en el demandado, quien al no poder probar el caso fortuito demuestra su imputabilidad, aplicando la presunción de culpa contractual. En el segundo fundamento de derecho se señala que “tal como señalara la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 1.999, la relación jurídica de demandante y demandada deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de 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 ..". La obligación de la entidad demandada, en

el caso presente, derivada de contrato de obra, era como refiere la primera de las resoluciones citadas- obtener el resultado de sanear la boca del paciente, obligación de resultado, que no se obtuvo; dándose, pues incumplimiento por parte de la actora en los términos del artículo 1101 del Código civil , siendo el mismo imputable a la entidad demandada, cuya imputabilidad deriva de la no prueba de caso fortuito ( art. 1105 ) y presunción de culpa contractual; y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación.”

#### **4.5.5 Sentencia Tribunal Supremo de 11-12-2001. ROJ 9669/2001.**

En esta causa la actora acudió a la consulta privada del odontólogo especialista en cirugía maxilofacial el cual le diagnosticó "protusión del maxilar superior" y le aconsejó una intervención quirúrgica que no produjo el resultado pretendido. No estando conforme la paciente con el resultado y de acuerdo con el odontólogo, éste le practicó una nueva intervención, sin embargo ésta tampoco produjo resultado satisfactorio al infectarse los injertos, dando lugar a que el maxilar volviese a la posición que ocupaba tras la primera intervención. Para poder encontrar una solución a su problema de salud, la actora tuvo que viajar a realizarse un nuevo tratamiento en Estados Unidos para luego finalizar con tres intervenciones de cirugía plástica en Barcelona.

La demandante solicitó por esto, indemnización de los perjuicios ocasionados por el primer profesional. En primera instancia se rechazó la demanda, pero en segunda el tribunal ad quem la acogió parcialmente condenando al demandado a pagar una suma de dinero que indemnizara los daños materiales y morales por las secuelas que dejó su negligente procedimiento. Posteriormente, el demandado interpuso recurso de casación fundamentado en la errada valoración de la carga de la prueba e imputabilidad por su responsabilidad contractual en los hechos.

Para resolver este litigio el Tribunal Supremo se basó en los argumentos ya esbozados por el Tribunal Supremo en la sentencia pasada de 28-06-1999. ROJ 4583/1999, agregando que la medicina tiene carácter curativo puede emanar un contrato de obra. Así razonó el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho cuarto al disponer que el “presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra y, añade: "proporcionando la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue"; es correcta tal calificación pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento

defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Son los casos que la jurisprudencia ha tratado: operación de cirugía estética (lifting) en la sentencia de 28 de junio de 1997, tratamiento para alargamiento de las piernas en la de 2 de diciembre de 1997, colocación de dispositivo intrauterino anticonceptivo en la de 24 de septiembre de 1999 e intervención en oftalmología en la de 2 de noviembre de 1999. La sentencia de 28 de junio de 1999 contempla el caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda; es un tema de gran similitud al presente.”

#### **4.5.6 Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22-11-2007. ROJ SAP SS 1081/2007.**

En esta causa los padres de una menor interponen una demanda de indemnización de perjuicios en contra de un odontólogo para obtener la reparación de los daños materiales y morales por un procedimiento de ortodoncia que no produjo el resultado esperado, el cual era el alineamiento de la dentadura de su hija. Desde la colocación del último aparato, los dientes de la menor se empezaron a torcer, por lo que los demandantes acudieron a otro especialista que les comunicó que la torcedura se produjo por el retiro anticipado del corrector bucal (brackets) antes del tiempo necesario (diagnóstico que fue corroborado por un tercer especialista). Ante esto la actora acude a la consulta del demandado para expresarle su malestar, quien admitió su error manifestando que iba a reembolsar los gastos médicos del tratamiento realizado dentro de 10 días, sin embargo, jamás cumplió su promesa de reembolsar el dinero. En primera instancia la demanda fue rechazada completamente, interponiéndose recurso de apelación fundado en que el tratamiento contratado era para obtener la corrección de la dentadura, lo cual no se cumplió y que existió una conducta negligente del demandado al quitar los brackets antes de tiempo.

Para resolver este litigio el tribunal de ad quem, en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, analizó la relación contractual de las partes y la carga de la prueba. Respecto de la naturaleza jurídica de los servicios contratados el tribunal utilizó los mismos fundamentos de derecho de las sentencias ya analizadas del Tribunal Supremo (28-06-1999. ROJ 4583/1999 y 11-12-2001. ROJ 9669/2001.) llegando a la conclusión que el tratamiento de ortodoncia se encuadra dentro del concepto de medicina voluntaria y por ende la naturaleza del contrato es de arrendamiento de obra. Acto seguido el tribunal considera que por tratarse de un contrato de obra la carga de la prueba recae en el odontólogo que solamente le queda para descargar su responsabilidad acreditar que la no obtención del resultado se debió a un caso fortuito o fuerza mayor. El tribunal al respecto señaló que “tratándose de un arrendamiento de obra con obligación de resultado, y acreditado el nexo causal de que la

actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en sentencias de 28 de junio de 1997 EDJ1997/4831, 2 de diciembre de 1997, 28 de junio de 1999 EDJ1999/14358, 24 de septiembre de 1999 EDJ1999/27831, 2 de noviembre de 1999 EDJ1999/33530. Tal obligación de reparación se extingue cuando el profesional sanitario acredite de forma fundada que el incumplimiento de la obligación de resultado obedeció a una causa extraña, imprevisible e inevitable a su actuación profesional (diagnóstico, tratamiento propuesto y seguimiento del tratamiento).” Finalmente, el tribunal de alzada condenó parcialmente al demandado a desembolsar una suma de dinero a título de indemnización más intereses.

#### **4.5.7 Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 27-06-2014. ROJ SAP V 4161/2014.**

En este procedimiento las demandantes (una madre y su hija) contrataron los servicios de salud de la clínica dental Bucal Center. En el caso de la madre la obligación contraída por la demandada consistió en la rehabilitación general de la boca en razón de su deteriorado estado bucodental que presentaba. En el caso de la hija se le recomendó un tratamiento de ortodoncia fija con tratamiento bimaxilar. Ambos procedimientos ascendieron a la suma de 11.000 euros (9.000 por la rehabilitación y 2.000 por la ortodoncia) los cuales fueron transferidos a la clínica Bucal Center al inicio de ambos tratamientos. El fondo de la discusión de este litigio tuvo como controversia que la parte demandante señaló que la interrupción de ambos tratamientos se produjo producto del cierre intempestivo de la clínica Bucal Center ubicada en la ciudad de Villarreal dado que no pudieron cumplir con los requisitos administrativos exigidos por la autoridad sanitaria, cuestión que si bien es reconocida por la parte demandada, señalaron que ambos procedimientos ya se encontraban en desarrollo y que fueron las demandantes quienes interrumpieron sus tratamientos de manera voluntaria, ya que no obstante el cierre de la clínica Bucal Center en la ciudad de Villarreal dicha sociedad mercantil abrió otra clínica en la ciudad de Valencia. Como contraargumento la parte demandante señaló que no recibió notificación ni aviso de la existencia de la otra clínica por parte de la demandada. En primera instancia el tribunal rechazó en su totalidad la demanda ante lo cual se interpuso recurso de apelación.

El tribunal ad quem, en el fundamento de derecho cuarto, califica la relación contractual entre las partes como un arrendamiento de servicios de obra, principalmente por las razones que ya hemos analizado anteriormente, en el sentido de que los procedimientos de ortodoncia y rehabilitación bucodental han sido calificadas por la jurisprudencia española como obligaciones de resultado, pero lo interesante de este fallo es como por medio de la sana crítica el tribunal llega a la conclusión que la interrupción de ambos tratamientos no fue culpa

de las demandantes, sino que la responsabilidad debe recaer sobre la parte demandada. El tribunal consideró que resulta poco razonable que haya existido abandono cuando ambos tratamientos fueron pagados íntegramente al inicio de los mismos. Además, la clínica Bucodental no aportó como prueba documentación que permitiera acreditar esa conducta de las demandantes, tomando en consideración además que ellas acudieron a sus sesiones de tratamiento hasta el momento del cierre de la clínica en Villarreal. Así lo dispuso el tribunal de alzada al señalar que “el caso que se nos somete es muy diferente, pues no ha sido discutido, sino que es pacífico, que los presupuestos fueron no solamente aceptados, sino que se abonaron íntegramente y por adelantado. Por ello, escasa explicación puede tener que se abandone unos servicios ya abonados por el paciente. Así resulta también poco razonable concluir que los tratamientos presupuestados estaban perfectamente concluidos, y que fueron los pacientes los que decidieron dejar de acudir, cuando nada se ha documentado, sobre ello, correspondiendo al carga de la prueba de tales extremos, sobre tales ausencias y "dejadez" en los pacientes que acudieron a varias instancias, sin que conste, y en eso tenía la facilidad probatoria la parte demandada, del conocimiento del cierre de la clínica y de la posibilidad de continuar y finalizar en su caso, los tratamientos en la que permaneció abierta en Valencia, o que se dejaron los brackets en la boca de la paciente, al no venir a retirarse, no siendo responsable de ello la clínica. Ni tampoco puede servir para acreditar ese supuesto abandono de unos tratamientos íntegramente desembolsados, las manifestaciones que recoge unilateralmente el médico demandado, en los historiales manuscritos aportados.” Finalmente, el tribunal revocó la sentencia de primera instancia y otorgó una indemnización parcial a la parte recurrente señalando que en los hechos existió un cumplimiento imperfecto dado que si se realizaron con éxito algunas de las intervenciones odontológicas.

#### **4.5.8 Sentencia Tribunal Supremo de 06-11-2019. ROJ 5426/2019.**

Esta causa más reciente, realiza un análisis acabado de la responsabilidad civil odontológica, recogiendo gran parte de los elementos que rodean la mala praxis.

Se presenta demanda por indemnización de perjuicios en contra de un centro dental, por una paciente que había contratado la elaboración de una decena de prótesis fijas y otros tratamientos de mejora de su dentadura. A la mitad del tratamiento, luego de un par de años de ejecución, se producen complicaciones en las prótesis implantadas, por lo que uno de los profesionales del centro de salud procede a retirar dichos implantes, y a realizar una prótesis removible. Reclama la actora que el tratamiento realizado fue un rotundo fracaso, y que la solución de una prótesis removible no fue lo que ella contrató, y que dicho servicio era de menor calidad y valor que lo acordado inicialmente.

El tribunal de primera instancia desestima la demanda por no acreditarse la negligencia incoada. El Tribunal Supremo, por su parte, realiza un exhaustivo análisis sobre la naturaleza de la obligación contraída, las obligaciones de las partes y cómo factores conexos pueden influir en el desarrollo de la prestación. Concluye que se trata de una obligación de resultado, puesto que la paciente no concurre con urgencia ni tampoco está en riesgo su salud, y que los implantes solicitados son más bien de tipo estético, no obstante mejorar su salud dental en general. Respecto a la ejecución del tratamiento dental, indica que esta fue prolija, pero que no se desarrolló un historial clínico acabado que pudiese predecir el fracaso del tratamiento, sumado a la falta de prueba de que la demandante hubiese entregado su consentimiento informado, entendiéndolo a cabalidad las posibilidades de éxito o de fracaso del tratamiento.

Finalmente, el tribunal establece que si bien no existe una mala praxis, si concurre una falta de consentimiento informado, señalando que: “si bien no concurre mala praxis médica en sí misma en la ejecución de los tratamientos debatidos, si la hay por ausencia del debido consentimiento informado en este tipo de medicina satisfactiva en la que, si bien no hay una obligación de resultado sí hay mayores exigencias para tal consentimiento y para la carga probatoria que se imputa a los demandados”. Decide entonces el sentenciador acoger parcialmente la demanda de la actora, estimando los daños en el valor que ella había pagado por el tratamiento fallido.

## **CAPÍTULO V: DESAFÍOS PENDIENTES**

A lo largo de este trabajo hemos detectado una serie de falencias que afectan el ejercicio profesional, particularmente en el sector privado, y que consideramos son desafíos pendientes en materia de responsabilidad odontológica.

### **5.1 Marco normativo poco claro**

El estudio y análisis de las múltiples normas legales que regulan el ejercicio profesional de la odontología contempla dos dificultades que es necesario precisar. En primer lugar, dichas normas se encuentran en textos legales dispersos que pueden ser leyes de carácter general que regulan las profesiones sanitarias o leyes y reglamentos que regulan de forma específica el ejercicio de la odontología. En segundo lugar, este conjunto de normas regula la integridad de la prestación odontológica tanto en el sector público como privado; en muchos casos refiriéndose a distintos aspectos de la profesión como es lo económico, social, laboral, organizativo, etc. Proponemos la creación de un cuerpo normativo que tipifique la relación contractual médica, abarcando en su conjunto la serie de relaciones que se suceden en ella, dándole valor preponderante a los deberes de información, el consentimiento informado del paciente y la escrituración de la ficha clínica, que sirve de prueba y respaldo de lo obrado a ambas partes, facilitando la comprensión del juez sobre del tipo de obligación y los riesgos de la misma.

### **5.2 Escasa fiscalización.**

En cuanto a la observancia de estas obligaciones, existen una serie de instituciones que tienen facultades para regular el ejercicio profesional de la odontología, pero con un nivel insuficiente de coordinación y sistematicidad. Producto de lo anterior, el nivel de fiscalización de este sector de la salud es escasa. Según el Colegio de Dentistas, gran parte de las clínicas odontológicas carecen de la autorización sanitaria que contemplan los Servicios Regionales Ministeriales de Salud (en adelante SEREMI) para instalar una sala de procedimientos dentales<sup>171</sup>. Existe un desafío pendiente por parte de las autoridades sanitarias en razón de mejorar la fiscalización para evitar el funcionamiento de clínicas y consultas deficientes que pongan en riesgo la salud del paciente.

---

<sup>171</sup> Propuestas de salud oral para Chile. Seminario realizado el 30 de junio de 2017 en el Colegio de Dentistas. 21 y 24p. ([http://www.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-oral-para-chile\\_136150\\_0\\_3449.pdf](http://www.uchile.cl/documentos/descargar-propuestas-de-salud-oral-para-chile_136150_0_3449.pdf) (consultado el 19-02-2019)).

### 5.3 Sobretratamiento con fines comerciales.

Durante el año 2018, el Colegio de Dentistas denunció una torticera práctica conocida como el sobretratamiento, que consiste en diagnosticar patologías bucales en el paciente que terapéuticamente no son necesarias o que no son la causa de su consulta. Lo anterior sería consecuencia de un vicioso incentivo por parte de algunos megaprestadores de salud, que premian a los cirujanos dentistas que logren desarrollar más tratamientos en un plazo determinado, cumpliendo así metas comerciales y rendimiento clínico. Un ejemplo de lo anterior es la imagen exhibida en el sitio web del Colegio de Dentistas,<sup>172</sup> donde se puede apreciar una carta dirigida a los implantólogos y diagnosticadores del megaprestador de salud Uno Salud, en el cual se anuncia un concurso para premiar con un viaje al simposio anual de BioHorizons a realizarse en Croacia el 17 de mayo del 2018 al funcionario que más implantes haya instalado en el periodo desde el 1 de febrero al 15 de abril. Así también, se exhiben las bases de un concurso publicado por el megaprestador Red Salud para premiar a los especialistas que hayan vendido mayor cantidad de implantes durante un plazo determinado.

Los problemas anteriormente señalados repercuten directamente en el desarrollo de estas relaciones contractuales, pues existe una asimetría en la información que permite que los usuarios sean obligados a contratar, con engaño, prestaciones de salud que no requieren, muchas veces a un precio que se señala como una gran oferta con descuentos en la práctica inexistentes. Consideramos necesario robustecer la legislación, sancionando este tipo de prácticas, reconociendo la asimetría existente entre paciente y odontólogo, donde existe espacio para prácticas contrarias a la buena fe contractual.

---

<sup>172</sup><http://www.colegiodentistas.cl/inicio/2018/10/23/colegio-de-cirujano-dentistas-denuncia-sobre-indicacion-de-implantes-a-pacientes-con-fines-comerciales/> (consultado el 3 de marzo de 2019).

-La carta de Uno Salud dispone: *“Estimados, junto con saludar y esperando que se encuentren bien, quisiéramos comunicarles sobre el nuevo concurso que tenemos dirigidos a nuestros Diagnosticadores e Implantólogos, donde se podrán ganar 2 exclusivas entradas al Simposio Anual de BioHorizons a realizarse en Croacia el 17 de Mayo de este año. El Objetivo es premiar a aquel Diagnosticador e Implantólogo que más implantes haya instalado en el periodo desde el 1 de Febrero al 15 de Abril. El premio incluye la Entrada al Simposio, Alojamiento por los 4 días del Congreso, Lunch and Breakfast por los días del evento y la Cena de Gala. Los tickets aéreos no están incluidos. Los ganadores del Concurso se anunciarán el día 15 de Abril. Por un lado, les adjuntamos el afiche de este concurso, para que lo dejen en las áreas comunes o se lo envíen a sus doctores para reforzar y comunicarles sobre este gran concurso.”*

- La carta de Red Salud dispone: *“Para cada curso contamos con 2 cupos, por lo que les pido que postulen a sus Especialistas, indicando el curso y el nombre completo del doctor. A finales de octubre, veremos quienes de los postulantes han vendido mayor cantidad de implantes y ellos podrán participar de forma gratuita de este curso. Quedamos atentos a sus dudas y nombres de sus postulantes. Cordiales saludos y que tengan una buena tarde.”*

#### **5.4 Baja cobertura**

Si bien no se trata de un desafío en materia de responsabilidad, si nos gustaría señalar que los centros públicos, en que la atención es subsidiada por el Estado, se centra principalmente en tratamientos de urgencia. Debería atender al 80% de la población, pero no cuenta con la infraestructura, profesionales necesarios, ni la cobertura suficiente, por lo que no da abasto con la demanda. El Colegio de Dentistas propone que a FONASA se incorporen nuevas prestaciones odontológicas, lo que favorecerá la reducción de barreras para acceder a la atención y codificar las prestaciones de salud oral de tal forma que las Instituciones de Salud Previsional privada se vean obligadas a otorgar cobertura<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> Propuestas de salud oral para Chile. Op. Cit., 22p.

## CONCLUSIONES

A continuación, presentaremos los principales hallazgos y conclusiones a las que hemos arribado:

1. Hemos observado que efectivamente, la responsabilidad civil del odontólogo presenta características propias que la hacen merecer un estudio autónomo, diferenciado de la responsabilidad civil médica.
2. El contrato de prestación odontológica varía dependiendo del servicio que presta la atención. Así, tratándose de servicios públicos, nos encontramos frente a la figura de contrato dirigido, y los servicios privados celebran contratos de adhesión.
3. La obligación del odontólogo es de medios, y no de resultados, tal como la doctrina y la jurisprudencia lo han establecido en forma consistente durante las últimas décadas. En este sentido, la obligación del odontólogo será realizar todas las acciones médicas necesarias para la realización del tratamiento. Sin embargo, consideramos que tratándose de prestaciones odontológicas de tipo estéticas, se eleva la obligación del facultativo a una de resultados, toda vez que este se compromete, principalmente a través de medios publicitarios, a determinados resultados en la estética del paciente.
4. La responsabilidad del odontólogo varía de acuerdo al servicio que presta la atención: tratándose de servicios públicos, estos incurrirán en responsabilidad del Estado por falta de servicio, mientras que en el servicio privado se trata de una responsabilidad civil propia para el odontólogo que ejerce su profesión en un consultorio particular, y en algunos casos solidaria cuando la prestación se desarrolla en una clínica privada de mayor envergadura.
5. Son elementos propios de la responsabilidad civil contractual odontológica: la existencia de un contrato, su incumplimiento del contrato, un daño causado por el incumplimiento y la imputabilidad. Asimismo, existen diversos factores que influyen en este tipo de responsabilidad, ya sea agravándola o atenuándola, como la elaboración de un correcto historial clínico, la entrega del consentimiento informado del paciente, la infracción de protocolos sanitarios, entre otros.
6. La jurisprudencia nacional sobre responsabilidad odontológica ha desarrollado una serie de definiciones, conceptos y criterios que no se encuentran en la ley, en base al desarrollo de la praxis odontológica. Destacamos el caso Leal/Songer, por desarrollar un modelo de justicia que a nuestro parecer, sigue criterios de justicia correctiva, que se alejan de la doctrina clásica de aplicar justicia retributiva, evitando el enriquecimiento sin causa de la víctima.

7. La jurisprudencia española analizada nos demuestra un desarrollo constante y progresivo respecto a la responsabilidad civil odontológica: fueron pioneros en calificar contratos de arrendamiento de obra material y en aportar a la discusión de obligaciones de medios y resultado la distinción entre medicina curativa y medicina voluntaria.

8. Entre los principales desafíos que reconocemos en la responsabilidad odontológica, está la falta de un marco normativo claro y una escasa fiscalización de los organismos competentes para sancionar las malas prácticas de estos servicios en el ámbito privado, tales como la inflación artificial de precios, y la aplicación de sobre tratamientos al paciente con fines netamente comerciales y no sanitarios.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

**ALESSANDRI R., A.** 1943. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Editorial Universitaria. Santiago, Chile.

**ALESSANDRI R., A.** 1988. Teoría de las Obligaciones, Santiago de Chile, Editorial. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.

**ALESSANDRI R., A.** 1998. De los Contratos Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

**ALVEAR V., M.** 1986. Contrato a honorarios (las normas que rigen). Revista Punto de Contacto. Colegio de Dentistas A.G. Número 39.

**AMIGO J., R.** 2006. Cuadernos de extensión jurídica. La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida de la ley 19.955 de 2004. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

**BARROS B., E.** 2006. Tratado de la Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.

**BARRIA., R; HENRIQUEZ., R.** 2017. El uso de la publicidad en Odontología. Revisión de la literatura. Interntional journal of medical and surgical sciences.

**BECA, I., J.** 2015. Conferencia presentada en el Panel “El Paciente Terminal”. V Seminario de Bioética. Academia Chilena de Medicina, 3 de agosto de 2015.

**BERENGUER L., J.** 1951. Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo (notas y comentarios a la ley de 18 de diciembre de 1950. Publicado en Anales de la Universidad de Murcia.

**CARDOZO C; RODRIGUEZ E; LOLAS F; QUEZADA A.** 2007. Ética y Odontología. Una Introducción. El odontólogo frente al consentimiento informado ¿Qué hacer? CIEB (Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética) Universidad de Chile. Santiago, Chile.

**CIOCCA G., L.** 2009. Odontología Médico Legal, aspectos forenses, profesionales y sociales. Santiago, Chile. Ediciones Jurídicas de Santiago.

**CHANG A., N.** 2004. La Odontología Forense y la Justicia. Panamá, República de Panamá. Editorial Chen.

**COLIN M., J.** 1997. Investigación histórica de la Facultad de Odontología y de sus etapas previas (1945-1995). Universidad de Chile.

**DIAZ-FLORES, V., CISNEROS, R., PEREA, B.** 2011. La endodoncia en los tribunales españoles. Estudio de la jurisprudencia entre los años 1990 a 2010. Revista científica y dental. Volumen 8, Número 2.

**DÍEZ PICAZO., L.** 1993. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, España.

- DOMÍNGUEZ, H., R.** 2014. Derechos y Deberes de los Pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- FIGUEROA Y., G.** 1998. Los derechos de la personalidad en general: concepción tradicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XIX.
- GÓMEZ G., R.** 2007. Consentimiento informado en Odontología. Revista de la Asociación Dental Mexicana, volumen 64, número 5.
- GUAJARDO C., B.** 2002. Aspectos de la responsabilidad civil médica. Santiago de Chile. Librotecnia.
- HENRÍQUEZ M., C.** 2006. Responsabilidad Penal Médica. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Congreso.
- LOPEZ S., J.** 2005. Los Contratos Parte General Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición.
- LOPEZ D., P.** 2019. Tutela precontractual en la Ley 19.496: su configuración, alcance y eventual convergencia con aquella propia de la contratación civil. Revista chilena de Derecho. Volumen 46 número 2.
- LUENGAS A., M.** 2003. La bioética en la relación clínica en Odontología. Revista de la Asociación Dental Mexicana, volumen 60, número 3.
- MANTILLA E., F.** 2009. El contrato de prestación de servicios médicos. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- MOTZFELD., R.** Guía de términos odontológicos. 2013. Introducción a la Odontología. Departamento de Odontología restauradora. Facultad de Odontología, Universidad de Chile.
- MOYA P., ROLDAN G., SANCHEZ S.** 1994. Odontología Legal y Forense. Madrid, España. Editorial Masson.
- NASSER O., M.** 2014. Derechos y Deberes de los Pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios. Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- NORIEGA P., F.** 2011. La negligencia médica ante la doctrina y jurisprudencia nacionales. Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago, Chile.
- RÍOS E M., Herrera R A., Rojas A G.** 2013. Ansiedad dental: Evaluación y tratamiento. Revista Avances en Odontoestomatología, volumen 30, número 1.
- RODRIGUEZ S., H.** 2006. La relación médico paciente. Revista Cubana de Salud Pública. Volumen 32, número 4. La Habana, Cuba.
- RODRIGUEZ R., J.** 2013. La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo. Barcelona, España.
- ROJAS A., G. MISRACHI L., C.** 2004. La interacción paciente-dentista, a partir del significado psicológico de la boca. Revista Avances en Odontoestomatología. Volumen 20, número 4.

- SANDOVAL L., R.** 2004. Derecho del Consumidor. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- STITCHKIN B., D.** 1975. El mandato. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- PALOMER R., L.** 2009. Consentimiento informado en Odontología, un análisis teórico práctico. Acta bioethica. Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- PIZARRO W., C.** 2014. El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad. Revista Chilena de Derecho, Volumen 41 Número°3. Santiago, Chile.
- PONTELA L., F.** 2013. Caracterización de los aspectos bioéticos en los reclamos realizados ante la superintendencia de salud de Chile en el área de odontología. Revista Acta Bioethica. Volumen 19 número 1
- UGARTE C., J.** 2007. El nuevo derecho del Trabajo. Editorial Lexis Nexis. Santiago, Chile.
- VACAREZZA., R; NUÑEZ., E.** 2003. ¿A quién pertenece la ficha clínica? Revista Médica de Chile, Volumen 131 N°1. Santiago, Chile.
- VARGAS K., V.** 2006. Gestión de riesgos jurídico-sanitarios y judicialización de la medicina. Revista Hospital Clínico de la Universidad de Chile.
- VIAL, V.** 2006. Teoría del Acto Jurídico. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 5ª Edición.
- WEINGARTEN., C.** 1997. Responsabilidad por prestaciones odontológicas. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.

## TESIS

- BELMAR O., S.2018.** Plan de negocios clínica dental de procesos estandarizados (tesis de postgrado). Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile.
- CAGLIERI S., I.** 2017. MIDENT, plan de negocios para optar al grado de magíster en administración (tesis de postgrado). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile.
- CALVARO R., M; GODOY C., C.** 2015. Negligencia médica, un tema complejo (tesis de pregrado). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- ETEROVIC B., P.** 2017. Análisis crítico de las hipótesis de acceso a la ficha clínica en el derecho chileno (tesis de pregrado). Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- WALL O., C.** 2016. Clínica Dental CALMA, plan de negocios para optar al grado de magíster en administración (tesis de postgrado). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

## JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA, Rol 4223-2001.
- CORTE SUPREMA, Rol 3667-2007.
- CORTE SUPREMA, Rol 8044-2010.
- CORTE SUPREMA, Rol 5585-2011.
  
- CORTE SUPREMA, Rol 8905-2011.
- CORTE SUPREMA, Rol 44.501-2017.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol 507-2012.
- CORTE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Rol 1186-2013.
  
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol 5040-2018.
- 28° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE SANTIAGO. Rol C-25.075-2008.
- 20° JUZGADO CIVIL DE LETRAS DE SANTIAGO, Rol C-10.547-2009.
- 3° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE CONCEPCIÓN, Rol C-2.996-2010.
- 2° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE TEMUCO, Rol C-1409-2010.
  
- JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE CASTRO, Rol C-38.754-2010.
- 20° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE SANTIAGO, Rol C-15.868-2010
- 3° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE CONCEPCIÓN, Rol C-7973-2012.
- 1° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE RANCAGUA, Rol C-11.962-2012.
- 9° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE SANTIAGO, Rol C-37.737-2012.
  
- 2° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE SANTIAGO, Rol C.17.640-2012.
- 18° JUZGADO DE LETRAS CIVIL DE SANTIAGO, Rol C-28.071-2014.
- Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol 420-2014.
- Resolución de la Fiscalía Nacional Económica, Rol 2499-18.
- Sentencia Tribunal Supremo de 07-02-1990. ROJ 993/1990.
- Sentencia Tribunal Supremo de 25-04-1994. ROJ 2851/1994.
- Sentencia Tribunal Supremo de 28-06-1999. ROJ 4583/1999.
- Sentencia Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife de 28-10-2000. ROJ SAP TF 2708/2000.
- Sentencia Tribunal Supremo de 11-12-2001. ROJ 9669/2001.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid de 22-11-2007. ROJ SAP SS 1081/2007.
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 27-06-2014. ROJ SAP V 4161/2014.
- Sentencia Tribunal Supremo de 06-11-2019. ROJ 5426/2019.