

**revista crítica**  
de **HISTORIA**  
de **Las relaciones**  
**LABORALES** y **De La**  
**POLÍTICA SOCIAL**

NÚMERO 14  
2022

Revista electrónica (html y PDF)  
<https://revistasdederecho.com/rchrlpl/>

**EQUIPO TÉCNICO DE EDICIÓN**

**DIRECTORA**

Patricia Zambrana Moral

**DIRECTOR EMÉRITO**

Manuel J. Peláez

**DIRECTORA ADJUNTA**

Marina Rojo Gallego-Burín

**SECRETARIA DE REDACCIÓN**

Clara López Sánchez

**MAQUETACIÓN EDICIÓN ELECTRÓNICA**

Lorena Arce Romeral

e-ISSN 2173-0822

© Los autores de los artículos y las reseñas son los responsables de los contenidos expresados en dichos trabajos. La redacción de la revista, por la amplitud de procedencias geográficas, diversidad de temáticas cultivadas y diferencias lingüísticas de sus miembros, no se identifica con los juicios puestos de manifiesto por los colaboradores de la misma.

© Diseño de portada: María del Mar España García-Hidalgo

© Lewis Hine, 1920. *Power house mechanic working on steam pump*. Fotografía utilizada en el diseño de portada.

**ÍNDICE DE CONTENIDOS**  
**ARTÍCULOS, NOTAS CRÍTICAS, COMENTARIOS,**  
**RECENSIONES, VALORACIONES TÉCNICAS, HOMENAJES**

- “La extinción del crédito vinculado a la financiación de tratamientos dentales. a propósito de la sentencia de la audiencia provincial madrid, de 31 de enero de 2019”. *Luis Corpas Pastor*.....4
- “Derechos, ayudas económicas e inserción laboral de las víctimas de violencia de género: especial atención a las ayudas de la Junta de Andalucía”. *Clara López Sánchez*..... 12
- “Verdades como puñetas: una visión iusfilosófica práctica jurisprudencial de responsabilidad sanitaria derivada del derecho fundamental al consentimiento informado, en su conexión con el derecho a la integridad física y moral”. *Luis Corpas Pastor*.....44
- "Interseccionalidad: la discriminación múltiple desde una perspectiva de género". *Clara Sánchez López, Carol Vilaseca García y Jazmín Serrano Japa*.....70
- "Familia, casa, comunidad y compañía de comercio (siglos XVIII-XIX)". *Jesús Jimeno Borrero*.....82

## **LA EXTINCIÓN DEL CRÉDITO VINCULADO A LA FINANCIACIÓN. DE TRATAMIENTOS DENTALES. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, de 31 de enero de 2019**

Luis Corpas Pastor

RESUMEN: El paradigma actual del panorama dental español, fruto de una evolución histórica que describimos someramente en la introducción, ha convertido a los pacientes/clientes en consumidores dentales, que con mucha frecuencia acuden a financiación de sus contratos con las clínicas dentales a través de créditos vinculados, obtenidos desde la propia clínica con gran frecuencia. histórica que describimos someramente en la introducción, ha convertido a los pacientes/clientes en consumidores dentales, que con mucha frecuencia acuden a financiación de sus contratos con las clínicas dentales a través de créditos vinculados, obtenidos desde la propia clínica con gran frecuencia. El incumplimiento del tratamiento pactado, bien sea por una incorrecta, defectuosa o inexistente realización del mismo ocasiona la paradójicamente situación en la que el usuario se encuentra pagando religiosamente un préstamo cuya vinculación con el tratamiento no recibido es palmaria, y sin obtener el suministro de bienes y servicios dentales contratado. En este trabajo abordamos, so pretexto de la jurisprudencia menor, la extinción del crédito vinculado a un contrato de suministro de asistencia dental y las condiciones que deben darse para que pueda que el paciente/cliente/consumidor pueda interrumpir el pago del crédito vinculado a tratamientos dentales, cuando dichos bienes o servicios se prestan defectuosamente, o bien se incumplen totalmente.

PALABRAS CLAVE: Crédito vinculado al consumo, dental, consumidores y usuarios.

ABSTRACT: The current paradigm of the Spanish dental panorama, the product of a historical evolution that sometimes described in the introduction, has turned patients / clients into dental consumers, who very often go to the financing of their contracts with dental clinics through of linked credits, from the clinical clinic itself with great frequency. Failure to comply with the agreed treatment, whether due to an incorrect, defective or non-existent realization thereof, causes the situation paradoxically in which the user is religiously paying a loan whose link to the treatment not received is an evident issue, and without obtaining the supply of goods and contracted dental services. In this work we address, under the pretext of minor jurisprudence, the extinction of the credit linked to a contract for the provision of dental care and the conditions that must be in place so that the patient / client / consumer can interrupt the payment of the credit linked to treatments dental, when said goods or services are provided defectively, or are completely breached.

KEY WORDS: Credit limited to consumption, dental, consumers and users.

## 1. Introducción

La evolución de la asistencia bucodental ha seguido en España una trayectoria que podemos señalar prácticamente plana hasta mediados de los años ochenta, en los que hubo un intento de socializar la salud bucodental, en lo que algunos autores<sup>1</sup>. Han denominado el fin del “periodo estomatológico” (1948-1986): en España actualmente hay cerca de cuarenta mil dentistas<sup>2</sup>, menos de un tercio, son médicos estomatólogos<sup>3</sup>. Prácticamente desde los años noventa, con la incorporación de Licenciados en Odontología, se pusieron en marcha diferentes programas de asistencia bucodental infantil en las Comunidades Autónomas<sup>4</sup>, no sin ciertas diferencias en cuanto a equidad de prestaciones.

Todo ello ha ocasionado un cambio en el paradigma dental español, con un exceso de profesionales; "con lo que la oferta empezaba a igualar la demanda y se ha producido un cambio en el modelo asistencial"<sup>5</sup>, en el que el cliente/paciente se ha convertido en un consumidor de asistencia dental, y existe una creciente presencia de cadenas franquicias y franquicias; lo que probablemente ha influido en la relación con el paciente y en la calidad de los tratamientos y por ende en un aumento de la exigencia de responsabilidad en el ámbito de la Odontología. De hecho, las franquicias acaparan más del 70% de las reclamaciones de los pacientes de clínicas dentales y son mucho más numerosas que las que involucran a una clínica privada tradicional; lo que ha convertido esta modalidad de asistencia dental en "un verdadero peligro" no ya para el paciente, sino, también, para el profesional.

Pero, además, el cambio de paradigma dental ha influido recíprocamente entre dentistas y pacientes, en cuanto a la percepción de las clínicas dentales como centros de consumo donde se suministran bienes y servicios, incluyendo la “adaptación” a este mercado por parte de las clínicas tradicionales: ya está generalizado el pago de los tratamientos dentales mediante financiación tanto

---

<sup>1</sup> Ribas D, Castaño A, González Sanz A. 20 años de salud pública oral en España. Madrid. Fundación Dental Española, 2001. Cit. por ANTONIO CASTAÑO SÉQUER, DAVID RIBAS PÉREZ Y LAURA SAN MARTÍN GALINDO. “Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad”. En “Estudio y análisis de la equidad en salud. Una visión en salud oral”. Ed. Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM) 2013; 142.

<sup>2</sup> Llodra Calvo, J.C. La demografía de los dentistas en España. Situación pasada, presente y futura. Análisis 1994-2020. Ilustre Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España. Madrid 2010; 42 pp.

<sup>3</sup> Council Of European Dentists. EU Manual of Dental Practice. Edition 5.1. 2015; 420 pp. El Manual de Práctica Dental de la UE, encargado por el Consejo Europeo de Dentistas (CED), fue publicado por primera vez en 1997 y actualizado en 2000, 2004, 2008, 2014 y 2015; dirigido a dentistas, estudiantes de odontología, legisladores y otros interesados en el entorno normativo de la odontología en la UE, tiene como objetivo proporcionar información completa y detallada para los dentistas que se plantean trabajar en otro país.

<sup>4</sup> Cortés Martinicorena, F.J. El sistema PADI. Estudio de las comunidades autónomas que proveen atención dental con este modelo en España. RCOE: Revista del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. 2016; Vol. 21(4):191-199.

<sup>5</sup> Perea Pérez, B. Vega Del Barrio, J.M. Labajo González, E. et. Al. Estudio sobre el aumento de las reclamaciones de pacientes odontológicos y su relación con el cambio de modelo asistencial. Cient. Dent. 2005: 187-192.

en clínicas "tradicionales", como en las franquicias o clínicas marquistas, generalmente, a través de contratos de consumo o de crédito vinculado<sup>6</sup>.

En este trabajo pretendemos estudiar las condiciones jurídicas que deben darse para la extinción de tales créditos vinculados a la financiación de suministro de servicios dentales, desde una vertiente práctica, a la luz de la más reciente actualidad, donde han resultado miles de afectados por los cierres masivos de clínicas marquistas. Es fácil encontrar en la prensa noticias relativas al cierre, o escándalos relacionados con franquicias dentales o clínicas marquistas.<sup>789</sup>

Bajo el pretexto de una de las últimas sentencias sobre la extinción del crédito vinculado a financiación de tratamiento dental<sup>10</sup>, abordamos las condiciones que deben darse para que pueda que el paciente/cliente/consumidor pueda interrumpir el pago del crédito vinculado a tratamientos dentales, cuando dichos bienes o servicios se prestan defectuosamente, o bien se incumple totalmente lo pactado.

## 2. Metodología

Hemos accedido a fuentes de derecho positivo, doctrinales y jurisprudenciales; consultando entre otros, los catálogos de la Biblioteca de la Universidad de Málaga, y su servicio electrónico de bases de datos externas disponibles mediante recurso electrónico accesible, así como se ha procedido al estudio de profusa jurisprudencia temática, a través del buscador CENDOJ del Poder Judicial.

## 3. Resultados

---

<sup>6</sup> Corpas Pastor, L. El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos. ADS nº 262 873 / Septiembre 2018. [disponible en <http://www.actualderecho-sanitario.com/>, con acceso 11 de septiembre de 2019).]

<sup>7</sup>El Confidencial. iDental, escándalo tras escándalo: "Fui por un puente y me dejaron sin dientes". [En línea] 2 de mayo de 2017. [Citado el: 20 de septiembre de 2017.] [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi5kqT1ycXWAhVIUIAKHVifCvYQFgg2MAE&url=https%3A%2F%2Fwww.elconfidencial.com%2Fempresas%2F2017-05-02%2Fidental-afectados-estafa-dentistas-franquicias\\_1375042%2F&usg=AFQ](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi5kqT1ycXWAhVIUIAKHVifCvYQFgg2MAE&url=https%3A%2F%2Fwww.elconfidencial.com%2Fempresas%2F2017-05-02%2Fidental-afectados-estafa-dentistas-franquicias_1375042%2F&usg=AFQ)

<sup>8</sup> El País. Detenidos el dueño y directivos de Vitaldent por delitos económicos. [En línea] 17 de febrero de 2016. [Citado el: 20 de septiembre de 2017.] [https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjV08Dr3sXWAhWMb1AKHd4QCekQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fpolitica.elpais.com%2Fpolitica%2F2016%2F02%2F16%2Factualidad%2F1455610242\\_977974.html&usg=AFQjCNE6f\\_Mx7dIH6HbXr7Ft](https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewjV08Dr3sXWAhWMb1AKHd4QCekQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fpolitica.elpais.com%2Fpolitica%2F2016%2F02%2F16%2Factualidad%2F1455610242_977974.html&usg=AFQjCNE6f_Mx7dIH6HbXr7Ft)

<sup>9</sup> El Mundo. Detenido el responsable de las nueve clínicas dentales Funnydent. [En línea] 29 de enero de 2016. [Citado el: 20 de septiembre de 2017.] <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi5kqT1ycXWAhVIUIAKHVifCvYQFggvMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.elmundo.es%2Fsociedad%2F2016%2F01%2F29%2F56ab921022601dd6718b465e.html&usg=AFQjCNF-Q2klxZb Evtz0KGXQEjJ4y5217A>

<sup>10</sup> Audiencia Provincial de Madrid. Núm. 59/2019. Secc. 10ª, de 31 de enero de 2019. M 473/2019 - ECLI: ES: APM:2019:473. Id Cendoj: 28079370102019100010.

Como apuntamos en otra ocasión: “El sector dental tradicional está siendo permeable a las estrategias comerciales de las cadenas mercantilistas (franquicias o clínicas marquisitas, como veremos más adelante) y los dentistas tradicionales no solamente se ven abocados ahora a establecer acciones de marketing y a ofertar servicios similares a aquellas; sino que los usuarios de servicios dentales comienzan a percibir el mercado dental de forma cada vez más homogénea, actuando cada vez más como consumidores, por lo que cada vez más, sus hábitos de consumo también van homogeneizándose por ejemplo en cuanto a sus estrategias de financiación, o de reclamación a las clínicas tradicionales de los derechos que como consumidores les otorga el ordenamiento de consumidores y usuarios, con el consiguiente aumento generalizado de las reclamaciones por servicios bucodentales.

Los usuarios de los servicios sanitarios dentales cada vez más requieren financiación para sus tratamientos.

En estos casos, los contratos de crédito vinculado, cuya finalidad únicamente es financiar un contrato relativo a la prestación de unos servicios determinados, quedarían sin causa si el contrato al que financian no se perfeccionara, o se incumpliera de algún modo. La Ley de Contratos de Crédito al Consumo<sup>11</sup> (art. 29) contempla la unidad entre ambos contratos, el de crédito vinculado y al contrato de consumo al cual se vincula, por lo que el consumidor que contrata una financiación mediante crédito vinculado, puede perfectamente ejercitar los derechos que le correspondan no sólo frente al suministrador de bienes o servicios dentales defectuosos o incumplidos, sino también contra el prestamista.

Para ello, antes debe reclamar, bien judicial o extrajudicialmente, contra el suministrador; y siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción a la que tuviera derecho, podrá resolver el contrato con el prestamista y ser absuelto del pago del préstamo.

Es decir, la ineficacia del contrato de suministro de asistencia dental determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el art. 23 de la Ley de contratos de crédito al consumo. Entonces (art. 29.1.a), el consumidor podrá dirigirse contra el prestamista cuando el proveedor haya incumplido alguna de las obligaciones que surjan del contrato, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1255 y 1258 del Código Civil.

En la práctica, para que el consumidor pueda cancelar el préstamo, se tienen que dar las siguientes condiciones:

1) Que los bienes o servicios objeto del contrato no hayan sido entregados, en todo o parte, o no sean conforme a lo pactado. Es decir, que el tratamiento previsto no se haya realizado en todo o en parte, o haya sido defectuoso.

---

<sup>11</sup> Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE núm. 151, de 25 de junio.

2) Que previamente haya procedido a reclamar de forma fehaciente, pero sin éxito, el cumplimiento de lo pactado. Es decir, que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio aceptado en derecho, contra el proveedor del suministro de servicios dentales y no haya obtenido la correspondiente satisfacción a su derecho.

Solo cuando se den estas dos condiciones, el consumidor podrá reclamar contra el prestamista quien está obligado solidariamente con el prestador de bienes y servicios dentales (la clínica), por lo que, dadas estas dos circunstancias, el usuario podrá interrumpir el pago del préstamo e incluso, solicitar la devolución de lo pagado de más, si ello hubiera ocurrido (casos en los que se ha pagado un importe superior al tratamiento efectivamente realizado)<sup>12</sup>.

Traemos en este trabajo una de las sentencias más interesantes de la jurisprudencia menor sobre este objeto: la SAP Madrid (secc. 10ª), de 31 de enero de 2019, que recuerda estos requisitos (FD 3º):

“Partiéndose de la vinculación del contrato de financiación al tratamiento odontológico, y acreditado por no ser negado además de contrario, el incumplimiento de la proveedora del servicio financiado, la cual no ha prestado los servicios odontológicos previstos en el presupuesto ofrecido a la demandante, ello necesariamente ha de repercutir en el contrato de financiación; máxime cuando la financiación tuvo lugar a través de la propia Clínica”.

Continúa citando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de marzo de 2018, citada en la Sentencia de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 28 de septiembre de 2018, recurso 448/2018, que examina la anterior cuestión en el siguiente sentido:

"SEGUNDO.- Vinculación entre el contrato de financiación a cuyo amparo se demanda y el contrato de prestación de servicios dentales concertado por la demandada con una tercera entidad. Regulación legal de los contratos vinculados. [...] E.F.C., S.A. concedió a Doña XX un préstamo personal destinado a la financiación de un tratamiento dental que se dispensaría por la empresa A.C. Dental, y cuyo coste ascendía a 4.470,70 euros, equivalente al nominal del préstamo", que actuaba como consumidora «por tratarse de servicios de odontología prestados de forma particular a una persona física, y por tanto ajenos a toda actividad empresarial ni profesional, la Sra. XXX ostentaba en esa operación la condición de consumidora, a tenor de lo previsto en el artículo 3 del texto refundido de la LGDCU , aprobado por Decreto Legislativo 1/2007. Del

---

<sup>12</sup> Cfr. Corpas Pastor, L. "El contrato de suministro de servicios dentales y la aplicación de la legislación de consumo", *Economist & Jurist*, publicado online 9/08/2020. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-contrato-de-suministro-de-servicios-dentales-y-la-aplicacion-de-la-legislacion-de-consumo/>. Parte del contenido de esta contribución –dentro de una línea más amplia sobre consentimiento informado, responsabilidad y valoración del daño dental, del Programa de Doctorado de la Universidad de Málaga– se ha publicado en la red con posterioridad a su aceptación, en 2020, en cumplimiento del artículo 20 del Reglamento de los estudios de Doctorado. Para una visión más completa, se recomienda consultar otros artículos sobre esta temática, a través de la página web [www.luiscorpas.eu](http://www.luiscorpas.eu).

propio modo, dado que el préstamo otorgado por ... E.F.C., S.A. estaba funcionalmente vinculado con aquella prestación de servicios realizada en el ámbito de consumo, es evidente que en esa financiación la prestataria también gozaba de la cualidad de consumidora, en este caso de crédito». Aquella sentencia incidía especialmente en «la vinculación funcional que debe predicarse entre el préstamo de financiación y la prestación de los servicios médicos, no ya solo porque tal interdependencia resulta con nitidez del tenor literal del contrato [...], sino también porque consta que el capital del préstamo fue abonado directamente por el financiador a la entidad que dispensaría el tratamiento dental...».

Todo ello, permite “incardinar aquel entramado contractual en la órbita de los contratos vinculados de consumo, modalidad comercial regulada -en la época del contrato litigioso- en los artículos 9,14y15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo(LCC) -que había traspuesto al Derecho nacional la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo-, sustituidos en la actualidad por los artículos 23, 26 y29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al consumo» (trasposición al derecho interno de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo). La sentencia citada incide en la vinculación como “unidad comercial” que propugna el artículo 29.1 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, entre el correcto suministro del servicio y el propio préstamo, desde un punto de vista objetivo. Vinculación que se refuerza por la prohibición que impone el artículo 14.1, de exigir al consumidor el pago si la financiación no es aprobada, o al artículo 14.1, y la «ineficacia sobrevenida del contrato principal - así, por razón de nulidad, desistimiento del consumidor, resolución de mutuo acuerdo o por incumplimiento grave del vendedor- determina asimismo "la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación" (artículo 14.2 LCC)»".

#### *4. Discusión*

La vinculación entre el contrato de suministro de asistencia dental y el de su financiación es claro, legal y jurisprudencialmente. La posición del consumidor contra el prestamista es subsidiaria a una previa reclamación desatendida por parte del suministrador de bienes o servicios dentales: sólo y únicamente después de haber reclamado sin éxito (judicial o extrajudicialmente) contra la clínica dental, podrá ejercer directamente acciones el consumidor frente al prestamista. Cosa muy esclarecedora, al tratarse de una acción contra el prestamista cuyo nacimiento está en el incumplimiento contractual por parte del suministrador de servicios dentales (la clínica dental), y esta acción la podrá ejercer el consumidor únicamente en virtud del contrato (de consumo) que ha ocasionado la celebración del contrato de crédito que ahora se queda sin causa, por mor del incumplimiento del contrato de atención dental que en su momento tuvo lugar y ahora ha sido incumplido. “La inclusión de cláusulas de exoneración

de responsabilidad por parte del prestamista en caso de incumplimiento del proveedor, son consideradas abusivas y, por tanto, deben ser tomadas por nulas con base en lo dispuesto en el art. 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, en adelante) in fine, si se logra demostrar que se ha causado un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, y en el art. 86.1 TRLGDCU, relativo a la declaración de cláusulas abusivas por limitar derechos básicos de los consumidores, siendo este caso un ejemplo paradigmático de esta limitación”.

Finalmente, en resumen, los usuarios de los servicios sanitarios dentales cada vez más requieren financiación para sus tratamientos. Los contratos de crédito vinculado, cuya finalidad únicamente es financiar un contrato relativo a la prestación de unos servicios determinados, quedarían sin causa si el contrato al que financian no se perfeccionara, o se incumpliera de algún modo. De hecho, la propia Ley de Contratos de Crédito al Consumo<sup>13</sup> (art. 29) contempla la unidad entre ambos contratos, el de crédito vinculado y al contrato de consumo al cual se vincula, por lo que el consumidor que contrata una financiación mediante crédito vinculado puede perfectamente ejercitar los derechos que le correspondan no sólo frente al suministrador de bienes o servicios dentales defectuosos o incumplidos, sino también contra el prestamista.

Para ello, antes debe reclamar, bien judicial o extrajudicialmente, contra el suministrador; y siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción a la que tuviera derecho, podrá resolver el contrato con el prestamista y liberarse de la obligación de pago del préstamo.

En los próximos meses iremos conociendo cómo se articula la defensa de los consumidores y usuarios que han visto interrumpidos sus tratamientos por causa del Estado de Alarma y el confinamiento provocado por la pandemia del COVID-19, así como tras la resolución de los correspondientes ERTES y la situación de «paralización de tratamientos dentales, sin la correlativa paralización de los pagos por los créditos vinculados a los mismos.

Como conclusión, en circunstancias normales, rebus sic stantibus, la obligación del pago del préstamo vinculado a tratamiento dental puede enervarse siempre y cuando el consumidor no haya obtenido satisfacción a una reclamación contra el proveedor del suministro de servicios dentales de bienes o servicios no entregados o que no fueren conformes a lo pactado»<sup>14</sup>.

## Bibliografía

<sup>13</sup> Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. BOE núm. 151, de 25 de junio.

<sup>14</sup> Corpas Pastor, L., 2020, *op. cit.* (online).

Audiencia Provincial De Madrid. Sentencia núm. 59/2019. Secc. 10ª, de 31 de enero de 2019 (M 473/2019 - ECLI: ES:APM:2019:473. Id Cendoj: 28079370102019100010).

Corpas Pastor, L. El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos. ADS nº 262 873 / Septiembre 2018. [disponible en <http://www.actualderechosanitario.com/>, con acceso 11 de septiembre de 2019).]

Corpas Pastor, L. "El contrato de suministro de servicios dentales y la aplicación de la legislación de consumo", *Economist & Jurist*, publicado online 9/08/2020. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-contrato-de-suministro-de-servicios-dentales-y-la-aplicacion-de-la-legislacion-de-consumo/>

Cortés Martincorena, F.J. El sistema PADI. Estudio de las comunidades autónomas que proveen atención dental con este modelo en España. RCOE: Revista del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España. 2016; Vol. 21(4):191-199.

COUNCIL OF EUROPEAN DENTISTS. "EU Manual of Dental Practice. Edition 5.1". 2015; 420 pp.

El Confidencial. "iDental, escándalo tras escándalo". [En línea] 2 de mayo de 2017.

El Mundo. "Detenido el responsable de las nueve clínicas dentales Funnydent". [En línea] 29 de enero de 2016.

El País. "Detenidos el dueño y directivos de Vitaldent por delitos económicos". [En línea] 17 de febrero de 2016.

España. Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental. BOE núm. 68, de 20 de marzo.

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

España. Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. BOE núm. 280, de 22 de noviembre.

Llodra Calvo, J.C. La demografía de los dentistas en España. Situación pasada, presente y futura. Análisis 1994-2020. Ilustre Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos de España. Madrid 2010; 42 pp.

Perea Pérez, B. Vega Del Barrio, J.M. Labajo González, E. Et. Al. "Estudio sobre el aumento de las reclamaciones de pacientes odontológicos y su relación con el cambio de modelo asistencial". *Cient. Dent.* 2005: 187-192.

Ribas D, Castaño A, González Sanz A. "20 años de salud pública oral en España. Madrid. Fundación Dental Española", 2001. Cit. Por ANTONIO CASTAÑO SÉIQUER, DAVID RIBAS PÉREZ Y LAURA SAN MARTÍN GALINDO en Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad". Ed. Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM). Madrid: 2013; 148pp.

San Martín Galindo, L. "Desigualdades sociales en odontología. Recursos humanos y odontología. Orientación de los servicios en un marco de equidad". En Estudio y análisis de la equidad en salud. Una visión en salud oral. Ed. Fundación del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid (FCOEM). Madrid: 2013; 148pp.

# DERECHOS, AYUDAS ECONÓMICAS E INSERCIÓN LABORAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS AYUDAS DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Clara López Sánchez

**RESUMEN:** Para la elaboración del presente trabajo de investigación se parte del análisis de la Ley Orgánica 1/2004, en la cual se establecen derechos y garantías para las víctimas de violencia de género. Así como la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Además de los derechos de las mujeres víctimas, se tratarán las principales ayudas económicas a nivel estatal y autonómico, concretamente, de Andalucía, para tener información acerca de quienes pueden ser las personas beneficiarias y cuáles son los alcances y limitaciones de estas prestaciones. Para finalizar, se hará una breve explicación de la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el mercado laboral, bien sea por régimen por cuenta propia, o bien por cuenta ajena.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, Ley Orgánica 1/2004, Ley 4/2015, Derechos, Ayudas económicas, inserción laboral.

**ABSTRACT:** In regards to the development of the present research available, we started from the analysis of the “Ley Orgánica 1/2004”, where the rights and guarantees for the victims of gender-based violence are established in. As well as the “Ley 4/2005, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito”. In addition to the female victim’s rights, the main financial support at State and regional level, specifically, of Andalucía, will be dealt with to obtain information from those who may be beneficiaries and what the scope and limitations of these benefits are to be. To conclude, a brief explanation will be given about the women subjected to gender-based violence employability in the labor market, whether by self employed scheme or as employees.

**KEY WORDS:** Gender- based violence, Organic Law 1/2004, Law 4/2015, Rights, Economic aid, Job placement.

## *Introducción.*

En España el papel de la mujer ha sido el estar a la sombra del hombre, bien su marido, padre y/o hermano. Del Derecho Romano proviene la expresión pater familias, “el padre de familia”, hoy en día se sigue leyendo en el Código Civil en el artículo 1094: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia». De este precepto extraemos la pérdida de responsabilidad y obligación por parte de la mujer, la desigualdad que sufría por el mero hecho de ser mujer.

En nuestra legislación regida por los cánones, valores y costumbres que imperan en nuestra sociedad, tenemos claros ejemplos de desigualdades, entre otros, lo encontramos en la Ley de 2 de mayo de 1975, en la que se reformaban determinados artículos del Código Civil y el Código Mercantil, y se establecía la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes en el ámbito del comercio. La posición en esta área entre los cónyuges era desigual. La mujer que estuviera casada necesitaba para iniciar algún tipo de comercio la autorización de su marido, lo que suponía que una vez casada no podía iniciar el comercio o continuar el ejercicio del que ya venía desarrollando mientras estaba soltera sin la autorización de aquel, ya que la capacidad de obrar la tenía limitada. Esto solo se aplicaba a la mujer casada, las mujeres solteras o viudas que fueran mayores de 21 años no tenían ningún tipo de restricción para ejercitar su comercio.

Pues bien, esta discriminación hacia la mujer que estuviera casada se debía a que se tenía que salvaguardar la unidad de dirección económica del matrimonio, atribuida al marido, y la autoridad que éste tenía en el seno de la familia. Asimismo, estas restricciones hacia la mujer se producían cuando quería abrir una cuenta corriente, solicitar un préstamo e incluso, viajar al extranjero.

Debido a la concienciación social y a la repercusión mediática de un caso alarmante ocurrido en 1997, el caso de Ana Orantes, quemada por su esposo en su domicilio familiar, supuso un claro impulso en la lucha de las asociaciones y organizaciones nacionales para promulgar una ley que velara por todas las mujeres que sufrían violencia, discriminación y desigualdad.

En las elecciones generales del año 2000, José María Aznar alcanzó la mayoría comprometiéndose con las diferentes asociaciones feministas para promulgar una ley que combatiera las desigualdades y violencia que sufrían las mujeres, pero quedó en vano. En esta Legislatura de Aznar sería el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) quien comenzó a elaborar la ley, pero, finalmente con la victoria de José Luis Rodríguez Zapatero en las elecciones generales de 2004 sería quien aprobase la primera ley que trata la violencia como un «problema estructural de desigualdad de género que los poderes públicos han de resolver». Finalmente, en diciembre del 2004, se aprueba la Ley

Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aquí muchas asociaciones lucharon para que esta lacra social pudiera combatirse y no siga dictándose como un “crimen pasional” como lo denominaban en años anteriores.

### *1. Objetivos generales y específicos.*

#### Objetivo general

El objetivo general del trabajo será analizar los derechos, ayudas económicas a nivel estatal y de la Junta de Andalucía y la inserción laboral de las víctimas de violencia de género.

Objetivos específicos

- 1.- Explicar los conceptos de violencia de género y víctima.
- 2.- Establecer el tratamiento de la víctima en el proceso penal.
- 3.-Exponer la normativa nacional e internacional referente a las víctimas de violencia de género.
- 4.- Describir los derechos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- 5.-Estudiar las ayudas económicas que pueden ser beneficiarias las víctimas de violencia de género a nivel estatal y cómo son recogidas y aplicadas en Andalucía.
- 6.-Exponer las principales ayudas económicas reguladas por la Junta de Andalucía.
- 7.-Examinar la inserción laboral a través de la Renta Activa de Inserción y otras medidas aplicables.
- 8.-Analizar la inserción laboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el mercado laboral en el régimen por cuenta ajena y por cuenta propia.

*1.Marco teórico.*

*1.1.Marco conceptual.*

*1.1.1. Concepto de violencia de género.*

La violencia de género es un problema grave que a lo largo de nuestra historia se ha ido manifestando en forma de desigualdad, inferioridad y menosprecio hacia la mujer. Ha sido invisible durante décadas, pero la verificación de su existencia destacará un antes y un después en el estudio y promulgación de los derechos y libertades de las mujeres.

En el ámbito internacional, en la II Conferencia Mundial sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer celebrada en 1980 se comenzó a gestar el concepto de violencia de género, ahí tratada como violencia contra la mujer, como el crimen más silenciado del mundo .

La Asamblea General de las Naciones Unidas celebró en diciembre de 1979 en Nueva York la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se trata de un tratado internacional de gran relevancia en materia de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, aunque no menciona la violencia ejercida sobre la mujer. Sin embargo, en 1992 se creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para supervisar la implementación por parte de los Estados parte de la Convención

en sus sistemas jurídicos. Dicho Comité lo conforman personas expertas en derecho de la mujer, quienes incorporaron la violencia como forma de discriminación por razón de género .

Un año más tarde, en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer se recogería de manera explícita la violencia contra las mujeres en el ámbito nacional e internacional, definiéndose la violencia de género en su artículo 1 como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

En este mismo año, del 14 al 25 de junio, tuvo lugar en Viena la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en la que además de adoptar nuevas medidas para promocionar y proteger los derechos de las mujeres, se reconocieron estos derechos como Derechos Humanos .

En 1995 se celebró la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en la que se aprobó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Supuso para las mujeres un gran avance en materia de igualdad de género, desarrollo y paz. Incluyeron el término género siendo su foco de atención la reevaluación de la connotación y empleo de la palabra. Dicha Plataforma la conformaron 189 representantes de gobierno teniendo preocupación especial por el avance de la mujer en la sociedad y las medidas que podían adoptar para hacerlo posible. Así, se puede decir que las Naciones Unidas reconoce desde 1995 la violencia de género como el mayor obstáculo en los derechos de la mujer en torno a alcanzar la libertad y su desarrollo

Ante este panorama internacional en el que los Estados parte tenían que transponer a su sistema jurídico la legislación internacional y europea, sumado a la concienciación social, política, educativa, cultural y económica de superar los obstáculos presentes en nuestra sociedad y la lucha activa por alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, en España, se aprueba por todas las formaciones políticas en el Congreso, por unanimidad, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género .

A tenor del artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, en su primer apartado, define la violencia como aquella “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

La definición de violencia de género que nos ofrece la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad es más concisa al entender que es «aquella que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones de afectividad (parejas o exparejas). El objetivo del agresor es producir daño y

conseguir el control sobre la mujer, por lo que se produce de manera continuada en el tiempo y sistemática en la forma, como parte de una misma estrategia. »

En la Comunidad Autónoma de Andalucía se promulgó la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, la cual se modificó por la Ley 7/2018, de 30 de julio, en la que se define la violencia de género en su artículo 1:

«(...) actuar contra la violencia que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres, se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley.»

Entendido el concepto de violencia género tenemos que ver qué se entiende por víctima a efectos jurídicos en la legislación de nuestro país, tema que abarcamos en el siguiente epígrafe.

#### *1.1.2. Concepto de víctima.*

Cualquier mujer por el hecho de serlo puede sufrir este tipo de violencia, no existe un perfil que tipifique qué tipos de personas pueden ser víctimas de violencia de género.

Desde un punto de vista psicológico hay que entender que el maltratador le provoca el daño a la víctima a través de sus emociones. Es así como cualquier mujer puede ser víctima si es abordada en el momento emocional oportuno (Borges, 2020).

Desde el ámbito jurídico, se puede analizar el concepto de víctima proporcionado por nuestra legislación. Así, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito nos ofrece un concepto amplio de víctima por cualquier delito y cualquiera que sea la naturaleza del perjuicio físico, moral o material que se le haya irrogado. El propósito de esta Ley, según establece en la Exposición de motivos, es concretar un concepto unitario de víctima, traspasando las cuestiones procesales.

En el artículo 2 de la presente Ley explica el concepto de víctima distinguiendo entre directa e indirecta, en este último concepto que nos ofrece la Ley se han añadido supuestos que no tenían que transponer de la normativa europea y han sido recopilados a tenor de la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas:

Víctima directa: “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.” (art. 2 Ley 4/2015).

Víctima indirecta: “en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los responsables de los hechos:

- A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos;
- a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella;
- a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del bajo su guarda y a las personas sujetas
- a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.” (art. 2 Ley 4/2015).

En Andalucía, la Ley 7/2018 introduce un nuevo concepto de víctima en su artículo 1 que se consideran como víctimas:

- “La mujer que, por el hecho de serlo, independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, sufra un daño o perjuicio sobre su persona. A estos efectos, el término «mujer» incluye a las menores de edad que puedan sufrir violencia de género.
- Las hijas e hijos que sufran la violencia a la que está sometida su madre.
- Las personas menores de edad, las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento.
- Las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados.

Se puede ver la diferencia entre ambos conceptos de víctima que detallan la Ley 4/2015 (Estatuto de la Víctima) y la Ley 7/2018 (Andalucía). En la primera se hace referencia al tipo de daño que la víctima puede llegar a sufrir a su persona (...” lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos”...), concretamente se aprecia en la definición de víctima directa; mientras que en la Ley de Andalucía (Ley 7/2018) hace alusiones en el concepto que desarrolla a la igualdad, en la redacción del artículo que recoge la definición de víctima una parte es similar al artículo 14 de la Constitución al hacer alusiones a “...independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...”.

Sabiendo qué personas pueden estar bajo la condición de “víctima” hay que continuar explicando cómo pueden actuar en nuestro sistema judicial español.

### *1.1.3. Tratamiento de la víctima.*

El primer paso para una víctima en violencia de género es la interposición de denuncia, regulada en el artículo 259 y siguientes de la LECrim, a través de este acto se pone en conocimiento de la autoridad pertinente la comisión de un hecho que puede ser constitutivo de delito. A raíz de esta denuncia, se inicia las actuaciones penales correspondientes.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado en la STS 247/2018, de 24 de mayo de 2018, cómo hay que interpretar la tardanza que puede darse a la hora de denunciar la víctima y su silencio prolongado en la manifestación de la

existencia de los hechos. Lo que nos viene a decir la sentencia es que, si la víctima tarda en denunciar no se puede considerar que carezca de falta de veracidad, hay que entender que las víctimas que sufren el delito de maltrato habitual se encuentran y sienten miedo, desconcierto y creen que no son capaces de salir de la situación que están viviendo. Todo ello provoca el temor a interponer denuncia y no dan este paso hasta que no se producen hechos muy graves.

De esta sentencia se pueden extraer dos motivos relevantes: de una parte, cómo el Supremo juzga incorporando la perspectiva de género, hace que en los casos de violencia machista se puedan entender las características de esta violencia y se le dé respuesta jurídica satisfactoria a las víctimas de violencia de género y se entienda la violencia machista y las peculiaridades que tienen las víctimas de este delito, las cuales muestran características especiales y distintas a las de otros tipos de delitos de violencia; y de otro lado, explica cómo se tiene que interpretar el silencio prolongado de la víctima y la tardanza a la hora de interponer denuncia, diciendo el Supremo que este acto de demora es normal debido a la dependencia (económica, emocional,...) en la que se encuentran la víctima con su maltratador .

Esta sentencia sirve de base para que órganos judiciales inferiores empiecen a juzgar a las víctimas de violencia de género desde la perspectiva de género y sin cuestionarlas al no haber denunciado los hechos inmediatamente pudiendo recaer en la doble victimización al insinuar que la víctima puede ser culpable de la situación violenta sufrida por no haber denunciado anteriormente.

Siguiendo esta línea, el Alto Tribunal, en su Sala Segunda, la STS 658/2019 , de 8 de enero de 2020, expone que a la demora que anteriormente comentamos en la STS 247/2018 hay que entender el origen de ese silencio como una consecuencia que se produce cuando la víctima es resiliente . Hay que ver el retraso de la víctima como una consecuencia del estado de dominación en el que se encuentra por su agresor, de tal manera que no se puede enmascarar la veracidad de su testimonio al ser una reacción habitual.

En otro orden de cosas podemos destacar que el Pacto de Estado contra la Violencia de Género ha modificado la temporalidad de admisión de la

personación de la víctima como acusación particular, aunque esta reforma ya había sido acogida por la jurisprudencia al interpretar conjuntamente los artículos 109 y 110 de la LeCrim y de la Ley 4/2015, que se verá a continuación.

La Ley 4/2015 regula, entre otros derechos, el derecho de la víctima como denunciante, que se explicará más adelante en su epígrafe correspondiente, y su participación en el proceso penal que se recoge en el Título II de la Ley; el Preámbulo de la Ley establece que con independencia de si se persona o no la víctima en el proceso se le reconoce el derecho de ser informada de la causa penal. Este Título de la Ley supuso una mejora en la participación de la víctima en el proceso, por lo que se modificó la Ley Orgánica 1/2004 introduciendo en su artículo 20, en su apartado 4, tres nuevos apartados, diciendo éstos lo siguiente:

“4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado o letrada de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género y para asegurar su inmediata presencia y asistencia a las víctimas.

5. Los Colegios de Procuradores adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de procurador o procuradora en los procedimientos que se sigan por violencia de

género cuando la víctima desee personarse como acusación particular.

6. El abogado o abogada designado para la víctima tendrá también habilitación legal para la representación procesal de aquella hasta la designación del procurador o procuradora, en tanto la víctima no se haya personado como acusación conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente. Hasta entonces cumplirá el abogado o abogada el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

7. Las víctimas de violencia de género podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado.”

Por consiguiente, conociendo la conceptualización de la violencia de género, víctima y la actuación de ésta en el proceso penal, se ha de avanzar enumerando y explicando la legislación que abarca la materia.

### *1.2. Normativa de referencia.*

Este apartado tiene carácter descriptivo, se enumera la legislación nacional e internacional relacionada con los diferentes temas que se abordan en el presente trabajo y/o que tienen relación con el mismo. Dada la relevancia por su transposición al ordenamiento jurídico español de la normativa internacional su abordaje es más explicativo en el correspondiente epígrafe.

*1.2.1. Normativa nacional.*

Leyes

- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, de 31 de marzo de 2015.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia de género.
- Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía.
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Reales Decretos

- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, funcionamiento y composición del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer.
- Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de Medidas Urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género.
- Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

- Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.
- Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital.
- Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género.
- Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.
- Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.
- Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

#### Órdenes

- Orden de 28 de junio de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer en régimen de concurrencia no competitiva.
- Orden de 27 de julio de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de ayudas, en régimen de concurrencia no competitiva, a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables, y a las Administraciones públicas, empresas públicas y entidades sin ánimo de lucro, que faciliten una solución habitacional a dichas personas.
- Orden TMS/1006/2018, de 26 de septiembre, por la que se modifica la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo.

#### *1.2.2. Normativa internacional relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres.*

La lucha contra la violencia contra las mujeres por el hecho de serlo ha tenido un gran protagonismo en las entidades internacionales desde los últimos años del siglo XX. Así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, celebrada en Nueva York en diciembre de 1979, ya conceptúa en su artículo primero, a los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer, considerando que “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre

y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” .

En el citado Tratado, de gran relevancia en materia de alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, no hace mención a la violencia. Sin embargo, en 1992 se creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) para supervisar la implementación por parte de los Estados parte de la Convención de ésta en sus sistemas jurídicos.

Dicho Comité lo conforman personas expertas en derecho de la mujer, quienes incorporaron la violencia como forma de discriminación por razón de género. Un año más tarde, en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer se recogería de manera explícita la violencia contra las mujeres en el ámbito nacional e internacional.

En la Conferencia Mundial de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en Viena (Austria) del 14 al 25 de junio de 1993, los Estados participantes aprobaron la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos. En ella, se adoptaron mecanismos de protección para las mujeres, niñas y pueblos indígenas ante la violencia, así como la promoción de sus derechos. Se adaptó el primer mecanismo independiente para la eliminación de la violencia contra la mujer denominada Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, que vela por la inclusión de la violencia contra la mujer en el marco de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

El Convenio de Estambul ha sido el primer instrumento europeo de carácter vinculante en materia de violencia familiar y violencia hacia la mujer, así como el tratado internacional con mayor repercusión y alcance al establecer el rechazo

total de la violencia contra la mujer haciendo frente a esta grave violación contra los derechos humanos. En el artículo 3 establece que “por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

Este Convenio en torno al ámbito económico que puede afectar a la víctima establece como obligación general para los Estados Parte el deber de tomar las medidas que exige en torno al empoderamiento e independencia económica de las mujeres que son víctimas (artículo 18.3). También vela por las obligaciones económicas que pueda contraer la víctima en el caso en el que se le condene al pago una multa, disponiendo que los Estados Parte deben de adoptar las medidas legislativas para que se tenga en cuenta la capacidad del autor del delito para hacer frente a las obligaciones económicas que tenga contraídas con la víctima (artículo 48).

Por último, los Estados Parte tienen que adoptar las medidas oportunas para que las víctimas puedan beneficiarse de órdenes de protección o mandamientos que no supongan una carga económica excesiva para ellas (artículo 53).

Derechos básicos.

El objeto de este apartado será el análisis del catálogo general de derechos que reconoce la Ley 4/2015 para las víctimas de violencia de género. El Título I regula los “derechos básicos”, pero, antes de entrar a analizar este Título se debe mencionar que las víctimas “tienen derecho:

- a la protección, información, apoyo, asistencia y atención,
- a la participación activa en el proceso penal y
- a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio

Estos derechos se tendrán desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.” (artículo 3 Ley 4/201

El Título I comprende como derechos básicos de la víctima:

- Derecho a entender y ser entendida (artículo 4): la víctima deberá tratarse durante todo el proceso penal con un lenguaje claro, sencillo y accesible, tanto en la comunicación oral como en la escrita; con especial atención a las personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental. Desde su primer contacto con las autoridades se le facilitará a la víctima la asistencia y apoyos necesarios para que pueda entender todo el

procedimiento y podrá estar acompañada por la persona que ella elija desde el inicio.

- Derecho a la información, y a recibir información sobre la causa penal (artículo 5 y 7): la víctima tiene derecho a ser informada antes de interponer denuncia y desde el primer contacto con las autoridades atendiendo a sus circunstancias personales y a la naturaleza del delito y de los daños y perjuicios sufridos. Para garantizar su derecho la información debe actualizarse en cada fase del procedimiento, esta información abarcará:

- o Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales;
- o Derecho a denunciar;

- o Asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente;
- o solicitar medidas de protección y su procedimiento;
- o Indemnizaciones y su procedimiento;
- o Servicios de interpretación y traducción disponibles;
- o Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación;
- o Procedimiento para ejercer sus derechos si reside fuera de España;
- o Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos;
- o Datos de contacto y cómo comunicarse con la autoridad encargada;
- o Servicios de justicia restaurativa disponibles;
- o Reembolso de los gastos judiciales y su procedimiento;
- o Derecho a solicitar para ser notificada de las resoluciones del proceso.

Asimismo, la víctima tiene derecho a que se le notifiquen las resoluciones por las que se acuerde no iniciar el procedimiento penal, la sentencia y la situación penitenciaria del maltratador sin que ella lo tenga que solicitar.

Este derecho se ampliará en un apartado posterior ampliándose el contenido que recoge la Ley 1/2004.

- Derecho como denunciante (artículo 6): la víctima tiene derecho en el momento de presentar la denuncia a que le proporcionen copia de esta, y si no entiende o no habla el castellano u otra lengua oficial donde presente la denuncia a tener asistencia lingüística y traducción escrita de la copia de la denuncia. Aunque no lo establece la Ley 4/2015 es importante mencionar el artículo 259 LeCrim, toda mujer que sea víctima de un delito de violencia de género debe denunciar los hechos que sufre y poner en conocimiento de las autoridades la comisión del hecho que puede ser constitutivo de delito.

- Derecho a un periodo de reflexión (artículo 8): este derecho hace conmemoración a la garantía de los derechos de la víctima. Los profesionales de la abogacía y procuraduría deberán de respetar el plazo de 45 días para ofrecerles sus servicios a las víctimas directas o indirectas de catástrofes, calamidades públicas u otros sucesos que hayan producido un elevado número de víctimas. Si la víctima solicita sus servicios este plazo no tendrá validez.

- Derecho a la traducción e interpretación (artículo 9): para aquella persona que no hable o no entienda el castellano u otra lengua oficial que se esté hablando en el proceso será asistida de manera gratuita por una persona profesional

intérprete y se le traducirá las resoluciones del procedimiento que procedan para que se garantice la equidad del proceso.

- Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (artículo 10): se le debe garantizar a la víctima confidencialidad, y será extensible este derecho a los familiares de la víctima. El derecho será prestado por los servicios de asistencia y apoyo que faciliten las Administraciones Públicas y por las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Estas Oficinas tienen las siguientes funciones:

- o Apoyo emocional y asistencia terapéutica y psicológica de las víctimas.
- o Evitar la victimización primaria y secundaria, la intimidación y represalias.
- o Evaluar y asesorar conforme a las necesidades de la víctima.
- o Informar sobre los servicios especializados que están disponibles que pueden prestar asistencia a la víctima
- o Acompañar a la víctima durante el proceso.
- o Recibir la comunicación de las resoluciones como la sentencia, las resoluciones que adopten medidas cautelares, las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del maltratador, etc.

Analizados los derechos que tienen las víctimas en la Ley 4/2015, se explicarán algunos de los derechos que están recogidos en la Ley Orgánica 1/2004.

1.2. Derecho a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita.

En los siguientes epígrafes se tratarán los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género del Título II de la Ley Orgánica 1/2004 pertenecientes al Capítulo I para complementar los derechos que recoge el Estatuto de la víctima al considerarse de especial relevancia para el presente trabajo.

Estos tres derechos que se desarrollan a continuación contribuyen a hacer reales y efectivos los derechos constitucionales de integridad física y moral, a la

libertad y seguridad, igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 17 Ley Orgánica 1/2004).

Derecho a la información.

Anteriormente este derecho ha sido expuesto como un derecho informativo preventivo para la víctima al contar con asesoramiento informativo desde un primer contacto con las autoridades y de antes de la interposición de la denuncia o querrela.

El derecho a la información regulado en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/2004 versa sobre un aspecto informativo de carácter personal, al tratar que la víctima

debe de estar asesorada e informada adecuándose a su situación personal a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Este derecho se garantiza a través de los siguientes medios:

- Servicio telefónico 016:

Este servicio telefónico gratuito y confidencial presta servicios de información, asesoramiento jurídico y de atención psicosocial inmediata por parte de profesionales especializados a todas las formas de violencia contra la mujer incluidas en el Convenio de Estambul.

Fue creado por el Ministerio de Igualdad, por medio de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.

El servicio atiende las consultas de todo el territorio nacional, se presta a través del teléfono 016; por WhatsApp al 600 000 016 y por correo electrónico 016-online@igualdad.gob.es. Los servicios de información y atención psicosocial están disponibles las 24 horas, los 365 días del año; en cambio, el asesoramiento jurídico de lunes a domingo de 8 a 22 horas.

Son accesibles para personas con discapacidad auditiva y/o del habla y baja visión a través del teléfono 900 116 016; por Telesor (<https://www.telesor.es>); por SVIsual (<http://www.svisual.org>); mediante WhatsApp al número arriba indicado, por correo electrónico adaptado para personas con baja visión y por aplicaciones para teléfonos móviles. También es accesible para personas extranjeras las 24 horas por servicio telefónico en 53 idiomas y por correo electrónico y WhatsApp en 16 idiomas .

Realizan derivación de llamadas:

- cuando se trate de emergencias al 112;
- cuando sean llamadas de información general sobre igualdad de las mujeres se derivará al Instituto de las Mujeres;
- también si se trata de llamadas que requieran información sobre servicios prestados por la Comunidad Autónoma que se trate;
- cuando sean menores de edad se derivará a ANAR de Ayuda a Niños y Adolescentes 900 202 010; y
- cuando se trate de llamadas con relación a la trata de mujeres y niñas de explotación sexual se derivará al teléfono del Ministerio del Interior 900 105 090.

- Web de recursos de apoyo:

La Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género tiene a disposición de las víctimas de violencia de género una página web de recursos en la que pueden consultar y tener información acerca de las diferentes prestaciones. Entre los recursos ofrecidos permite la localización sobre mapas activos de estos (016, ATENPRO, dispositivos para el control telemático de medidas y penas de alejamiento, etc.).

El derecho a la información resulta de vital importancia para una mujer que esté sufriendo situaciones de violencia, que se preste de manera eficaz y con buena atención es primordial para el aseguramiento de su derecho a la seguridad jurídica, así como la garantía de su derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, e igualarlas en el acceso a los recursos, la información y la justicia. Así como también resulta el derecho a la asistencia social integral que se detalla a continuación.

Derecho a la asistencia social integral.

El derecho a la asistencia social integral se regula en el artículo 19 de la Ley Orgánica 1/2004 y en el artículo 156 del Código Civil.

Este derecho comprende la atención multidisciplinar para que las víctimas de violencia de género reciban servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. Se hace posible a través de ellos:

“a) Información a las víctimas.

b) Atención psicológica.

c) Apoyo social.

d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer

e) Apoyo educativo a la unidad familiar.

f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.

g) Apoyo a la formación e inserción laboral.” (artículo 19 Ley Orgánica 1/2004).

Corresponderá a las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales la organización de estos servicios, así se responderá a “los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional”. Estos servicios tienen la finalidad de dar cobertura a las mujeres víctimas que lo necesiten por las vivencias derivadas de las situaciones de violencia, así como ayudar a restaurar la situación en la que se encontraban antes de padecerlas. Además de estos servicios sociales de atención y apoyo, deben de recibir cobertura jurídica, para ello, cuentan con el derecho a la asistencia jurídica gratuita que se trata a continuación.

Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Con independencia de la existencia de recursos que tengan las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar. Este derecho se regula en el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, la Ley 1/1996 y en el Real Decreto 141/2021 . Así, la Constitución en el artículo 119 vela por la justicia gratuita en aquellos casos en los que se carezca y se tengan dificultades económicas para litigar.

Este derecho a la asistencia jurídica gratuita se le reconocerá a toda mujer víctima de violencia de género, tenga o no recursos económicos (artículo 2g) Ley 1/1996), le será prestado de forma inmediata tras interponer la denuncia, en aquellos procesos judiciales y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Así, también asistirá este derecho a los causahabientes en el caso que fallezca la víctima siempre que estos no fueran partícipes del delito (artículos 2g) Ley 1/1996 y 20 Ley Orgánica 1/2004).

El beneficio de este derecho lo tendrá la víctima de violencia de género desde el momento de interposición de la denuncia o querrela, o bien desde que se inicia el procedimiento penal, y se mantendrá durante la vigencia de éste perdiendo su eficacia cuando recaiga sentencia condenatoria, o bien absolutoria firme, o sobreseimiento definitivo o provisional por no poder acreditarse los hechos delictivos.

En lo que respecta a la asignación de la persona profesional de abogacía, la víctima deberá ser asistida por la misma persona durante el proceso y en todos aquellos que puedan iniciarse, así queda garantizado su derecho de defensa (artículo 33 Real Decreto 141/2021). La Ley Orgánica 1/2004, vela por el derecho de defensa de la víctima estableciendo que las personas profesionales de la abogacía que provengan del turno de oficio, los Colegios de Abogados/as tendrán que exigir cursos de especialización asegurando una formación específica en la materia. Asimismo, los Colegios de Abogados/as contarán con un turno de guardia permanente especializado para poder prestar servicios de asesoramiento previo y asistencia letrada (artículo 24 Ley 1/1996). El/la abogado/a asignado/a contará con habilitación legal para representar procesalmente a la víctima hasta que se designe la persona profesional de procuraduría, siempre que la aquella no se haya personado como acusación. Por tanto, tendrá que cumplir con el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos. Las víctimas pueden personarse en cualquier momento en el procedimiento como acusación particular pero no supondrá que se puedan retrotraer ni reiterar las actuaciones que se hayan practicado antes de su personación.

Las víctimas de violencia de género que se beneficien de este derecho tendrán:

- “Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso y, en particular, en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia.
- Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos.

- Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, en periódicos oficiales.
- Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
- Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas.
- Obtención gratuita o reducción del 80% de los derechos arancelarios de los documentos notariales.”

Expuestos los aspectos generales del derecho de asistencia jurídica gratuita, se continúa haciendo mención de los derechos económicos recogidos en este Título en el Capítulo IV.

### *1.3. Ayudas económicas para mujeres víctimas de violencia de género en la comunidad autónoma de Andalucía*

Como anteriormente se mencionó, estos derechos económicos se encuentran regulados en el Capítulo IV del Título II de la Ley Orgánica 1/2004. A una mujer víctima de violencia de género hay que recomendarle consultar las ayudas económicas de las que puede ser beneficiaria a los servicios sociales de su Comunidad Autónoma, en concreto, a su ayuntamiento. Además de las ayudas que existen ofrecidas por el Estado, hay otras específicas dadas por estas entidades. Es lo que se va a analizar en este epígrafe; se explicarán, con carácter general, las ayudas económicas estatales, pero se hará una revisión de cómo se regulan éstas por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía y las principales ayudas que ofrece la Junta de Andalucía para las víctimas de violencia de género.

#### *1.3.1. Tipos de ayudas económicas.*

Existen diferentes tipos de ayudas económicas destinadas para víctimas de violencia de género. Se analizarán, principalmente, la Renta Activa de Inserción, la ayuda de pago único que regula la Ley Orgánica 1/2004 y otra ayuda categorizada como especial al ser supletorias y compatibles con estas dos, el Ingreso Mínimo Vital. Se hará mención de la legislación autonómica en materia de violencia de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

##### *1.3.1.1. Ayuda económica de protección integral.*

La Ley Orgánica 1/2004 regula en su artículo 27 el derecho a percibir una ayuda económica a las víctimas de violencia de género que sus rentas no lleguen a un determinado nivel económico y que por características como la edad o la falta de preparación y circunstancias sociales puedan tener dificultades para encontrar trabajo. Se regula específicamente en el Real Decreto 1452/2005 . En la

Comunidad Autónoma de Andalucía se regula por la Orden de 23 de febrero de 2021 .

Este derecho se encuadra dentro de los “Derechos económicos” del Título II de la Ley Orgánica 1/2004. Se trata de un derecho subjetivo por el que la Ley Orgánica garantiza uno de los principios rectores que establece el artículo 2e): “garantizar los derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.”

Para poder beneficiarse de este derecho las víctimas de violencia de género deberán tener la acreditación de insuficiencia de recursos económicos cuando la renta mensual no llegue al 75% del salario mínimo interprofesional excluyendo la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (artículo 27.1 Ley Orgánica 1/2000

El informe de reconocimiento de carencia de recursos lo realizará el Servicio Público de Empleo de la Comunidad Autónoma correspondiente. En él se hará constar que la solicitante por la edad, falta de preparación y circunstancias sociales, su participación en los programas de empleo no le facilitan encontrar trabajo para su integración profesional (artículo 5 Real Decreto 1452/2005).

Esta ayuda se abonará en un pago único, el importe será el equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo; si la víctima tuviera discapacidad igual o superior al 33% el importe sería el equivalente a doce meses de subsidio por desempleo (artículo 27.2 Ley Orgánica 1/2004). Cuando la víctima tenga responsabilidades familiares como a cargo un familiar o menor acogido le corresponderán el equivalente a doce meses de subsidio por desempleo, o bien cuando tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y menor acogido le corresponde el equivalente a dieciocho meses de subsidio por desempleo. Estas mismas reglas se aplican para las mujeres víctimas que tienen reconocida la discapacidad que antes se mencionó con la diferencia que le corresponden veinticuatro meses de subsidio por desempleo cuando tengan a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido (artículo 6 Real Decreto 1452/2005).

En Andalucía, esta ayuda se regula por la Orden de 28 de junio de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer, en régimen de concurrencia no competitiva. Los requisitos que se establecen para beneficiarse son:

“a. Encontrarse domiciliada en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b. Acreditar la situación de violencia de género de la forma legalmente establecida.

c. Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

d. Tener especiales dificultades para obtener un empleo, que se acredita a través de un informe del Servicio Andaluz de Empleo.”

Esta ayuda es compatible con otras ayudas que tengan el mismo fin, así sean autonómicas o locales, y con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual. En cambio, es incompatible con la participación en el programa de Renta Activa de Inserción que se explica a continuación.

#### *1.3.1.2. Renta Activa de Inserción.*

El Servicio Público de Empleo Estatal creó el “Programa de Renta Activa de Inserción” como una acción protectora para personas desempleadas con características económicas y de inserción laboral especial, comprendiendo políticas activas de empleo que gestionan los Servicios Públicos de Empleo con el fin de aumentar las oportunidades de retorno al mercado laboral, y una ayuda económica denominada Renta Activa de Inserción (en adelante, RAI) .

La RAI es una ayuda económica que se le otorga a las personas desempleadas que tienen dificultades económicas y dificultades para encontrar empleo. Esta ayuda viene regulada en el Real Decreto 1369/2006 .

Para la incorporación de la mujer víctima de violencia de género en este programa es necesaria tener acreditada la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo que conviva con el maltratador. También deberá de estar inscrita como demandante de empleo, aunque no se le exige llevar inscrita 12 meses ininterrumpidamente como tal. No debe tener rentas propias, ni de cualquier naturaleza superiores al 75% en cómputo mensual del SMI, excluyéndose la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (artículo 2 Real Decreto 1369/2006).

La cuantía de la ayuda será igual al 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento (artículo 4 Real Decreto 1369/2006), supuso en 2020 aproximadamente 430€ al mes. Cuando la víctima de violencia de género se ve obligada al cambio de residencia durante la permanencia en el programa RAI o 12 meses antes a la solicitud de admisión, podrán recibir en un único pago una ayuda suplementaria equivalente en importe al de tres meses de RAI. Esta ayuda solo se podrá percibir una vez por cada derecho a la admisión al programa (Disposición transitoria primera Real Decreto 1368/2006).

La RAI será incompatible “con las ayudas sociales que se pudieran reconocer a las víctimas de violencia de género que no puedan participar en programas de empleo” (artículo 10 e) Real Decreto 1369/2006).

Al ser una ayuda incluida en un programa estatal para la inclusión laboral de personas con necesidades especiales, en Andalucía no se desarrolla mediante ninguna legislación autonómica específica, sino que se aplican los mismos requisitos que el programa ofrece.

Tratado el aspecto general de la RAI, hay que destacar que esta prestación ha sido objeto de críticas al ser considerada como “un parche colocado en el sistema de protección por desempleo que no ha sido capaz de proporcionar la asistencia que precisan todas las personas desempleadas que se encuentran en situación de necesidad económica”. En este sentido, se ha propuesto por el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género la reforma integral del sistema de protección por desempleo que se establezca el nivel contributivo y a la vez aprecie una ayuda para las personas sin trabajo que se encuentren en una situación de necesidad por carencia de recursos económicos para subsistir.

Siguiendo con el hilo de ayudas económicas, a continuación, se explicará, de manera general, el Ingreso Mínimo Vital que es compatible con la RAI de modo que no se alcance al límite en la cuantía que establece ésta.

### *1.3.1.3. Ingreso Mínimo Vital.*

Echando un vistazo a los países que componen la Unión Europea, España se encuentra entre los países que tienen una distribución de renta más desigual. La creación del Ingreso Mínimo Vital (en adelante. IMV) viene a equilibrar la desigualdad a través de la garantía y la igualdad de oportunidades (Serrano, 2021). Por tanto, el IMV es una ayuda destinada a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de aquellas personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, se encuentren en situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos para dar cobertura de sus necesidades básicas (artículo 1 Real Decreto-ley 20/20). El IMV viene regulado por el Real Decreto-ley 20/2020.

Esta ayuda se rige por los principios de igualdad y de universalidad al estar destinada a erradicar la pobreza de nuestra sociedad, en palabras de Ana Escrivá: «el IMV está fundamentado en los pilares del Estado social y democrático de derecho, y por supuesto, en el carácter eminentemente social de nuestro tipo de Estado». Es así, que los poderes públicos tienen que utilizar las herramientas adecuadas para la protección de las personas más desfavorecidas y de especial vulnerabilidad como son las mujeres víctimas de violencia de género para favorecer su inclusión social y laboral.

Además de las mujeres víctimas, las personas que se pueden beneficiar de esta ayuda son (artículo 4 Real Decreto-ley 20/2020):

- “Las personas de al menos veintitrés años que no sean beneficiarias de pensión contributiva por jubilación o incapacidad permanente, ni de pensión no contributiva por invalidez o jubilación (...) siempre que no estén unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, salvo las que hayan iniciado los trámites de separación o divorcio.
- Las personas que temporalmente sean usuarias de una prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario.”

Para una mujer víctima de violencia de género no se le exigirá el requisito de la edad, basta con ser mayor de edad, tampoco se le exige el carácter de

temporal cuando sea usuaria de una prestación de servicio residencial, éste puede ser permanente. El Real Decreto-ley encuadra dentro de “Situaciones especiales” cuando una víctima de violencia de género se ve obligada a abandonar su domicilio familiar habitual acompañada de sus hijos/as o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente y sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o adopción, estableciéndose que no tiene que cumplir el requisito de formar parte de una unidad de convivencia para poder ser titular del derecho que otorga el IMV . Otro requisito que exige el Real Decreto-ley es la acreditación de la residencia en España, para las víctimas de violencia de género en este requisito quedan excluidas siempre que acrediten “la condición de víctima de violencia de género por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004” (artículo 19 Real Decreto-ley 20/2020).

Una vez que la persona sabe si está dentro o no de los titulares de esta ayuda, el importe del IMV a percibir por la prestación es de 462€ al mes para una persona beneficiaria individual; esa cantidad se verá incrementada en 139€ cuando se trate de una unidad de convivencia por cada persona que la formen, sea adulta o menor, hasta un máximo de 1015€ al mes. Para las mujeres víctimas de violencia de género, al igual que para las familias monoparentales, tienen el complemento de 100€ (Serrano, 2021).

Vistos los aspectos generales del IMV, hay que mencionar la regulación en Andalucía. Esta nueva prestación no contributiva se presenta como una ayuda a mitad de camino entre la renta básica universal incondicionada y las rentas mínimas de inserción gestionadas por las Comunidades Autónomas , teniendo como fin dar respuesta a las desigualdades existentes y la reincorporación a la vida social y económica de las personas vulnerables y en exclusión social . En Andalucía desde enero de 2018 se aplica la llamada Renta Mínima de Inserción Social (en adelante, RMIS) que deroga al Ingreso Mínimo de Solidaridad, fue aprobada por el Decreto-ley 3/2017 . La RMIS es una ayuda económica que garantiza el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía . El fin de esta prestación es “garantizar la atención a las situaciones de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo de las personas y promover su inclusión e integración social y laboral” . Para beneficiarse de esta ayuda económica las personas que tengan vecindad administrativa en Andalucía; estar empadronadas las personas de la unidad familiar en algún municipio de Andalucía con anterioridad de al menos un año a la fecha de solicitud; estar inscrita en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo no ocupada; tener la unidad familiar ingresos mensuales inferiores al importe que le correspondiese por la RMIS. La víctima de violencia de género quedará excluida de estos requisitos para ser beneficiaria de esta prestación, es decir, no deberá tener el requisito de la temporalidad en el empadronamiento, basta con estar la solicitante empadronada en algún municipio de Andalucía, así como en el caso de estar inscrita en el Servicio Andaluz de Empleo basta con estar inscrita en el Servicio, no se requiere la condición de desempleada en éste. La cuantía que se cobra con esta ayuda, según el artículo 11 del Decreto-ley 3/2017, es del 78% mensual del IPREM equivaliendo mensualmente a 419,52€ pudiéndose incrementar esta cifra por diversos supuestos, entre otros, un 10% del IPREM por cada persona integrante distinta de la unidad familiar hasta un máximo equivalente del 125%

del IPREM. En el siguiente epígrafe se continúa tratando las ayudas económicas que ofrece la Comunidad Autónoma de Andalucía.

#### *1.3.1.4. Ayudas específicas a víctimas de violencia de género por la Junta de Andalucía.*

Antes explicar las diferentes ayudas y subvenciones que la Junta de Andalucía ha aprobado este año 2021 para las mujeres víctimas de violencia de género, hay que mencionar los principales organismos que tiene la Comunidad Autónoma en materia de violencia de género.

El primer lugar, el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género es un órgano adscrito a la Conserjería de Igualdad y Políticas de la Junta de Andalucía, está encargado de observar, investigar y analizar la violencia de género, su evolución y prevalencia. Con su labor se avanza en la coordinación multisectorial y en tener una mayor prevención integral. Este órgano está gestionado por el Instituto Andaluz de la Mujer (en adelante, IAM) .

El Instituto Andaluz de la Mujer (IAM) es un organismo que tiene como finalidad promover la igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres andaluzas/ces, fomentando la presencia y participación de la mujer en la vida política, económica, cultural y social, superando la discriminación laboral, cultural, económica o política de ésta (Preámbulo Orden de 28 de junio de 2016 ). El IAM puso en marcha la creación de centro municipales de información a la mujer (CMIM) repartidos por todas las provincias de la Comunidad Autónoma en colaboración con las entidades locales. A pesar de prestarles apoyo a los CMIM y desarrollar programas de intervención de interés para toda Andalucía, el IAM desarrolla sus propios programas y ayudas de atención a mujeres víctimas de violencia de género. Mediante la Orden de 23 de febrero de 2021 se crean diferentes ayudas destinadas a mujeres víctimas de violencia de género que

tienen necesidades económicas. Como se establece en el primer artículo de la Orden estas ayudas son:

“Línea 1. Ayudas económicas para mujeres víctimas de violencia de género.

Línea 2. Ayudas económicas para mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos y especiales dificultades para obtener un empleo.”

La primera ayuda, Línea 1, son ayudas económicas destinadas a las víctimas de violencia de género que estén acogidas en el Servicio Integral de Atención y Acogida a Mujeres víctimas de Violencia de Género “destinadas a contribuir a la recuperación psicosocial de las mismas y facilitar su recuperación y autonomía”. La segunda ayuda, Línea 2, es la trasposición de la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004 destinada a aquellas mujeres víctimas que tengan insuficiencia de recursos económicos y dificultades para reincorporarse al mercado laboral (artículo 2 Resolución 16 de abril de 2021).

Para solicitar las ayudas de ambas Líneas las mujeres víctimas tienen que hacerlo mediante solicitud dirigida a la persona que ostente la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer. Los plazos de presentación de solicitudes son diferentes para las ayudas económicas de las dos Líneas: para la Línea 1 se podrá solicitar mientras la mujer víctima esté acogida en el Servicio Integral de Atención y Acogida a Mujeres Víctimas de Violencia de Género, o bien a los 6 meses posteriores a la salida de éste; y, para la Línea 2 las víctimas tendrán que tener una orden de protección vigente o alguna de las medidas de protección establecidas en la sentencia de condena o en otra resolución judicial (artículo 4 Resolución 16 de abril de 2021).

El procedimiento de resolución de las ayudas lo llevarán a cabo los Servicios de Coordinación de los Centros Provinciales del IAM y resolverá la persona que ostenta la Dirección del IAM en el plazo de 3 meses desde que se solicitó la ayuda correspondiente.

A causa de la pandemia por COVID-19 las solicitudes de mujeres víctimas aumentaron notablemente por lo que el agotamiento de la cuantía presupuestaria impidió que se pudieran resolver todas a favor de las solicitantes, por ello, todas esas solicitudes según publica la directora del IAM en el BOJA quedarán incluidas en los presupuestos de este año 2021 y podrán ser concedidas y satisfechas a las mujeres víctimas que las solicitaron.

Las ayudas concedidas a las mujeres víctimas de violencia de género tienen el objetivo de proporcionarles independencia económica y personal, y no caer en la economía sumergida, permitiéndoles romper el vínculo que mantiene con su maltratador. Además de estas ayudas económicas es de vital importancia para lograr y hacer efectiva la independencia económica de la víctima y que se sienta realizada y válida como persona la inclusión en el mercado laboral. Esta inserción se tratará en el siguiente apartado según se trate de una trabajadora por cuenta propia, o bien por cuenta ajena.

#### *1.4. Inserción laboral de las víctimas de violencia de género.*

Al tratar la violencia de género y las cuestiones relacionadas en este ámbito se debe de distinguir entre la esfera privada, atañe al círculo familiar, y la esfera pública, donde entran las relaciones sociales y productivas. La mayoría de los casos donde se produce el maltrato hacia la víctima se da en la esfera privada. Es por ello, que al analizar las medidas que se prevén en la esfera pública van a tener repercusión en la esfera privada de la víctima. Así, la Ley 1/2004 transpone a la práctica legal algunas de las medidas que se habían dado de forma voluntaria en el mercado laboral, o bien formaban parte de programas de fomento de empleo. Esta norma viene a combinar normas restrictivas y normas sociales, en cuanto al marco laboral se entiende como una norma preventiva puesto que la víctima debe de reunir los requisitos que en ella se señalan para tener la protección activada mediante la acreditación de víctima de violencia de género. Asimismo, los derechos laborales para las víctimas que trabajen por

cuenta ajena, o bien, por cuenta propia serán distintos al ser dos regímenes diferentes.

#### *1.4.1. Derechos laborales para víctimas de violencia de género por cuenta ajena.*

Para la inserción en el mercado de trabajo es necesaria la acreditación de la trabajadora como víctima de violencia de género. Para dicha acreditación, la Ley Orgánica 1/2004 exige, en su artículo 23, presentar alguno de estos documentos, a saber:

- “Una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género;
- Una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima;
- O bien el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género;
- Informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente;
- O por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.”

En este sentido, el Ministerio de Trabajo y Economía Social cuenta con un Programa de inserción socio laboral para mujeres víctimas de violencia de género destinado a mujeres víctimas para lograr la independencia económica y

personal rompiendo con las uniones que tiene con su agresor y poder tener ella una recuperación integral efectiva. Para beneficiarse de este programa tienen que estar inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo.

Las medidas de actuación del programa abarcan, por un lado, «programa formativo específico para favorecer la inserción social y laboral» dividido en dos fases: preformación, consistente en la preparación para el mercado laboral y en el caso de ser mujeres extranjeras ayuda con el idioma, y formación para el empleo, recibiendo cursos de la especialidad correspondiente para garantizar su inserción en el mercado laboral.

Por parte del personal del Servicio Público de Empleo se le realizará un itinerario de inserción sociolaboral individualizado, acompañándola en el proceso de inserción mediante orientación y formación.

Asimismo, recoge el Ministerio en este programa los incentivos para las empresas que contraten a mujeres víctimas de violencia de género. Las personas empleadoras que contraten a mujeres víctimas de manera indefinida

se les bonificará mensualmente con la cuota a la Seguridad Social de 125€/mes siendo 1500€ al año, durante cuatro años desde la fecha de celebración del contrato. Si el contrato es temporal, la bonificación mensual será de 50€/mes que supondría unos 600€ al año durante toda la duración del contrato. En el Programa indica como excepción que «no será necesario la inscripción de las víctimas de violencia de género como demandantes de empleo, para la aplicación de las bonificaciones».

Las empresas también tendrán bonificación en el caso que se realicen contrato de interinidad para “sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género, bien porque hayan suspendido su contrato, o bien por movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo, con la cuota a la Seguridad Social del 100% de bonificación durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora sustituida, o durante seis meses cuando se trate de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo”. La reincorporación se producirá en las mismas condiciones que tenía la trabajadora (Art 21.3 Ley Orgánica 1/2004).

Si por motivos devenidos de su situación física y/o psicológica las trabajadoras víctimas de violencia de género faltaran al trabajo se tendrán por justificadas y no incurrirán en motivo de despido, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud. (Art. 21.4 Ley Orgánica 1/2004).

Los derechos laborales aquí señalados se aplican a víctimas que trabajen por cuenta ajena. En el caso de víctimas que trabajen por cuenta propia como autónomas tienen otros derechos reconocidos que veremos en el siguiente epígrafe.

#### 1.4.2. Derechos laborales para víctimas de violencia de género en Régimen Especial de Trabajadoras Autónomas.

En el caso en el que la víctima decidiera iniciar la actividad laboral por cuenta propia o autónoma, o si ya venía realizándola y a posteriori ha sido acreditada como tal, podrá tener unas bonificaciones durante su actividad laboral.

A tenor de la Ley Orgánica 1/2004 las trabajadoras autónomas podrán suspender las obligaciones de cotización durante seis meses, siéndoles considerada como asimilada al alta en la Seguridad Social (artículo 21.5).

Según indica la Orden TMS/1006/2018 podrá beneficiarse de las subvenciones para (art. 10):

- Establecimiento como trabajadora autónoma.
- Reducción de la cuantía de los intereses de préstamos destinados a financiar inversiones para la creación y puesta en marcha de proyectos de autoempleo. Estos préstamos deberán de formalizarse entre los tres meses anteriores y los seis meses posteriores al inicio de la actividad laboral. Se deberán de conceder por las entidades que tengan convenio con el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Así, serán también subvencionables aquellos préstamos que consten en los convenios que tengan suscritos por el

Servicio Público de Empleo Estatal. El tipo de interés aplicable al préstamo podrá ser fijo o variable, según acuerden entre las partes, es decir, la persona solicitante y la entidad financiera. La peculiaridad que se encuentra la persona solicitante es que no podrá amortizar anticipadamente el crédito o cancelarlo, podrá tener una penalización si se incumple de manera que debería de reintegrar la cuantía subvencionada. A tenor literal del artículo establece que “se financiaran con cargo a estas subvenciones los intereses de los préstamos destinados a inversiones en inmovilizado intangible, tales como aplicaciones informáticas, gastos en cánones de entrada de concesiones administrativas o franquicia, y propiedad industrial o intelectual e inversiones en inmovilizado material, tales como reforma y arreglo de locales, adquisición de maquinaria y equipos informáticos, así como para gastos de primer establecimiento (notarías, registro de la propiedad, altas, honorarios profesionales, publicidad o propaganda). Hasta un 25 por ciento del importe del préstamo se podrá destinar a financiar la adquisición de existencias.”

Las cuantías máximas que son aplicables a estas subvención irán en función de las características de cada solicitante: si se trata de una persona desempleada en general la cuantía a percibir será de 5.000€, si estas son menores de 30 años pero mayores de 45 años tendrán opción a un máximo de 6.000€; en el caso de las mujeres desempleadas alcanzarán los 7.000€; para aquellas personas inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil tendrán 7.000€ pero si se trata de mujeres

podrá llegar hasta los 9.000€; para las personas que tienen discapacidad tendrán una dotación máxima de 8.000€, y por último, las mujeres desempleadas con discapacidad llegarán a los 10.000€.

En el plazo anteriormente estipulado (3 meses anteriores y 6 posteriores al comienzo de la actividad) la persona solicitante deberá de realizar un gasto efectivo de al menos 5.000€ en inmovilizado material o intangible.

- Financiación parcial para la contratación externa de servicios para la mejora del desarrollo empresarial, estudios de viabilidad, organización, comercialización, diagnosis u otros de naturaleza análoga o el asesoramiento en aspectos vinculados a la actividad profesional de la autónoma y el inicio de la ella. La cuantía que cubrirá esta subvención podrá ser de hasta el 75% de los servicios de asistencia técnica prestados con un importe máximo de 2.000€. Este importe se concederá de una sola vez, aunque son subvencionables todos los servicios que la persona solicitante haya recibido y pagado entre los 3 meses anteriores y 6 meses posteriores al comienzo de la actividad profesional. La norma obliga a que estos servicios tienen que ser prestados por las asociaciones y empresas que estipula en su artículo 3.c), si bien no se podrá contratar con empresas en las que la persona solicitante tenga vinculación con las personas de esta por parentesco de afinidad o consanguinidad hasta el segundo grado incluido.

- Financiación parcial de cursos de formación. Tendrá una cuantía la subvención que llegará a cubrir el 75% del coste de los cursos recibidos con un límite máximo de 3.000€. El artículo muestra la restricción contemplada en el

artículo 3.d) a la hora de realizar los cursos de formación, no podrán impartirse ni contratarse con personas, ni físicas ni jurídicas, que tengan vínculo con la persona solicitante por parentesco de afinidad o consanguinidad hasta el segundo grado incluido.

Todas las cuantías anteriormente expuestas para cada una de las subvenciones se verán incrementadas en un 10% las cuantías a percibir al tratarse de una mujer víctima de violencia de género que conste acreditada.

Asimismo, para solicitar alguna de estas subvenciones es requisito por parte de la persona solicitante presentar un Plan de empresa de la actividad que va a realizar, éste debe de contener la información relativa a los recursos que le son necesarios, el plan financiero y de inversiones que llevará a cabo, y el plan de viabilidad.

## *2. Conclusiones.*

Siendo materia de análisis de este trabajo la Ley Orgánica 1/2004, se ha podido apreciar que, desde su aprobación, hace diecisiete años, en nuestro país se ha avanzado y evolucionado bastante en la lucha contra la violencia de género. Esta ley ha sido pionera en España en torno a la inclusión de instrumentos jurídicos referentes a la prevención, tratamiento y sanción que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género. También, estos avances se han producido gracias a la gran diversidad de personas profesionales que han tratado esta materia con carácter multidisciplinar fomentando la coordinación y uniendo esfuerzos para acabar con esta lacra que impregna nuestra sociedad.

En el presente trabajo, se ha expuesto breve y descriptivamente la legislación nacional e internacional relacionada al tema que se aborda, partiendo de la base de lo considerado como violencia de género, la consideración de víctima en la legislación nacional y autonómica de Andalucía, así como el tratamiento y los derechos de las víctimas de violencia de género.

De la mencionada legislación, cabe destacar, que la normativa internacional no hace alusiones, en el ámbito laboral, al impacto que supone en la vida laboral la situación de la mujer víctima de violencia de género, así como tampoco se recoge las repercusiones que puede llegar a tener en las prestaciones de protección social; este aspecto en la legislación nacional, concretamente en la Ley Orgánica 1/2004, si que se valora notablemente aunque en la práctica profesional aparezcan carencias como por ejemplo en la acreditación de la condición de víctima.

En torno a las ayudas económicas, se han analizado las principales que el gobierno ha aprobado para las mujeres víctimas de violencia de género, así como su desarrollo por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, además de las principales ayudas que dicha Comunidad regula actualmente para aquellas.

Partiendo de la ayuda regulada en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, como se ha visto, sólo podrán acceder a ella las mujeres víctimas de violencia de género que estén inscritas en situación de desempleo previo informe favorable emitido por el Servicio Público de Empleo. Siempre que no se esté cobrando la RAI, pues son incompatibles entre sí ambas ayudas. La Ley Orgánica, en esta ayuda del artículo 27, se centra en el desempleo de la mujer víctima, no en tener en cuenta si están aumentando sus gastos y/o si está teniendo dificultades económicas como suele ocurrir en los casos en las que las mujeres víctimas deciden dar el paso para salir de la situación que están sufriendo.

Como se ha mencionado anteriormente, la RAI resulta incompatible con la ayuda de pago único, pero resulta una ayuda positiva al ampliar la esfera de protección en cuanto al desempleo y busca llevar esta protección a las personas desempleadas que realmente viven situaciones de falta de necesidades, sin la exigencia de perder el empleo previo. Esta ayuda se configura como prestación del Sistema de Seguridad Social, en cambio, no aparece integrada en el Texto

Refundido de la Ley General de la Seguridad Social como las otras prestaciones de este sistema.

Respecto al IMV, se ha visto que es una ayuda que refuerza al llamado Estado de Bienestar y lucha contra la pobreza dotando económicamente a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad familiar, haciendo posible la inserción laboral de estas al mercado de trabajo nuevamente. Para acceder a la ayuda los requisitos son flexibles, pero se encuentra la problemática en el Real Decreto que lo regula que encomienda las medidas de inserción sociolaboral a un futuro y posterior desarrollo reglamentario. Esto supone un obstáculo para que las mujeres víctimas salgan de su situación. Esta futura norma debería, en vez de vaticinar medidas específicas para las mujeres víctimas, ser coherente y mejorar las medidas que ya existen con el fin de ser un instrumento de garantía para alcanzar la autonomía las mujeres víctimas.

La anterior ayuda se debe de conectar con la RMI de Andalucía, aprobada desde 2018, la cual derogó al Ingreso Mínimo de Solidaridad. Esta ayuda cuenta con una baja cuantía económica que reciben las personas en exclusión social severa, la solución más fácil, a voz de pronto, sería su aumento, pero de acuerdo con Fuentes Herreros: "deberían modificarse los requisitos de acceso para que se beneficien no solo las personas en esta situación tan extrema". Revisando los requisitos de acceso a la ayuda, la convertirían en una prestación sostenible y funcional. También, hay que destacar negativamente la parte de inserción laboral que la ayuda muestra al participar indirectamente en la economía sumergida de las personas que se benefician de la prestación al suspenderse ésta al firmar un contrato de trabajo por aquellas.

Siguiendo con el ámbito laboral, las mujeres víctimas que tienen dificultades para tener trabajo genera en ellas sentimientos negativos como sentirse culpables, desvaloradas, e incluso sufren trastornos de ansiedad y pueden retornar a las situaciones de dependencia en las que se encontraban por verse ante el fracaso y la inutilidad, y no ver que se satisfagan sus necesidades de

independencia económicas y personales. A mayor duración la situación de desempleo, mayor dificultad para encontrar trabajo .

### Bibliografía

Álvarez, J.C. (2020). Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 56.

Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 48, pp. 131-155.

Borges, R. (2020). El concepto de víctima de violencia de género en el derecho español: dos marcos normativos para entender la protección de las víctimas de violencia de género en la orden europea de protección. *La Ley penal: revista de derecho penal procesal y penitenciario*, nº 142.

Casals, A. (2019). La prisión permanente revisable. Colección de Derecho Penal y Procesal Penal. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid.

Castillejo, R. (2016). El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género. *Diario La Ley*.

Chamberlain, C. (2004). La convención Cedaw conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, pp. 35-52.

Delegación de Gobierno para la violencia de género (2021). Guía de Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. En línea: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/GUIADER ECHOS22052019.pdf>

Delegación de Gobierno (2019). Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid. En línea: <https://www.mites.gob.es/es/Guia/index.htm>

Escribá, Ana. «La nueva prestación no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2021, nº 1.

Espinosa, R. (2019). La reparación de la víctima de violencia de género. *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, pp. 733-764.

Faraldo, C. (2011). La acreditación de víctima de violencia de género como requisito necesario para ser titular de los derechos laborales reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, pp. 42-49.

Faraldo, C. (2012). Las vías para acreditar la condición de víctima de violencia de género en la normativa de extranjería. *Diario La Ley*.

Fernández, M. M. (2020). Derechos de la víctima de violencia de género. *Diario La Ley*, núm. 9734.

Fuentes, M. (2020). La Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. *Revisión crítica y proyección de futuro. Trabajo social global*, vol. 10, nº 19.

Flor, M.L. (2018). Protección social de la víctima de violencia de género. *La universidad como sujeto transformador de la realidad social en materia de igualdad de género*, pp. 35-49.

García, T.E. (2018). Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 8 (2), 131-146.

García, E. (2014). *Derechos de las trabajadoras víctimas violencia de género*. Tirant lo Blanch. Valencia.

Quesada, J. (2020). El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social como paradigma del respeto de la dignidad humana. La inserción del Ingreso Mínimo Vital en el marco de la evolución de los estándares internacionales. *Lex Social*, núm. 2, pp. 361-422.

Laurenzo, C.P. (2005). La violencia de género en la Ley Integral: valoración políticocriminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 07-08, 08:1 – 08:23.

Llorente, M. (2020). La necesaria reforma de la protección a la víctima de violencia de género. *Diario La Ley*, nº 9730.

López de Zubiría, S. (2020). El tratamiento de la violencia de género desde la perspectiva criminológica, Wolters Kluwer.

Matud, M.P. (2009). *Violencia de género*. Servei de Comunicació i Publicacions, Universitat Jaume I.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (s.f.). *Definición de Violencia de Género*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid.

Monereo, J.L. (2020). Nuevos derechos para nuevas situaciones de necesidad y emergencia social: el Ingreso Mínimo Vital. *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, núm. 448, pp. 27-68.

Monereo, J.L. & Triguero, L.A. (2009). *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*. Tirant lo Blanch.

Muñoz, R.J. (2014). La acreditación de la condición de víctima de violencia de género en el ordenamiento jurídico español. *Revista Criminalidad*, 56 (1), 51-67.

Muñoz, J. (2007): *La Renta Activa de Inserción*. *Temas Laborales*, núm. 90, pp. 77-105. Pardo, V. (s.f.). Clarificación conceptual de la violencia en las relaciones de pareja: definición, tipos, factores de riesgo y consecuencias. Máster en Intervención en Interdisciplinar en violencia de Género. Universidad Internacional de Valencia.

Pollos, C. (2020). Mujeres y el ingreso mínimo vital. Repercusión en la violencia de género. *Diario La Ley*, núm. 9669.

Ramírez, M.D. (2015). *Buenas prácticas jurídico-procesales para reducir el gasto social (III)*. Ediciones laborum.

Rodríguez, E.S. & Gómez, G., F.X. (2018). La influencia de la violencia de género para el acceso a la pensión de viudedad a la luz de los pronunciamientos judiciales. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, 16, 169-183.

Roldán, M., A. (s.f.). *Derechos laborales y protección de Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género en España*.

Salazar, O. (2003). La igualdad de hombres y mujeres en el acceso a la función pública en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un ejemplo de la fragilidad de la discriminación positiva en el derecho comunitario, en Adam Muñoz, M.D. y Porra Herrera, M.J. (Coords.), *Violencia y género: congreso internacional*, 9, 10 de marzo de 2001, Córdoba, Universidad de Córdoba, pp. 121-148.

Salido, O. (2021). El Ingreso Mínimo Vital: una perspectiva de género. *Revista Española de Sociología*, 30(2), a49.

Salmerón, H.B. (2018). Derechos humanos y violencia de género. Memoria del 56º Congreso Internacional de Americanistas [Recurso electrónico]: Filosofía y pensamiento, coord. por Manuel Alcántara Sáez, Mercedes García Montero, Francisco Sánchez López.

Serra, R. (2015). Los derechos de la víctima en el proceso vs. Medios de comunicación. Un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, pp. 199-230.

Serrano, M. (2004). Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, nº 5, p. 68.

Serrano, M. (2021). Ingreso mínimo vital e inserción laboral. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 1.

Serrano, M. (2018). ¿Por qué la elección entre inserción laboral o ayudas económicas específicas? Lo que el pacto de violencia de género no ha sido capaz de ver. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, pp. 404-442.

Terrón, D. (2004). La igualdad de derechos de la mujer: límites a la discriminación positiva de las mujeres en el derecho (nacional y comunitario), en Martínez Gallego, E.M. y Reguero Celada, J. (Coords.), *Mujer y empleo: una estrategia para la igualdad*, Granada, Comares, pp. 15-32.

Valdúeza, M.D. (2019). La garantía de ingresos mínimos de las comunidades autónomas: prestación económica e inserción laboral. *Panorama Social*, vol. 29, pp. 51- 68.

Zulueta, A.J. (2020). La protección de la víctima en el ámbito de la violencia de género. *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género*, pp. 137-178.

## **VERDADES COMO PUÑETAS: UNA VISIÓN IUSFILOSÓFICA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL DE RESPONSABILIDAD SANITARIA DERIVADA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL CONSENTIMIENTO INFORMADO, EN SU CONEXIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL**

Luis Corpas Pastor

**RESUMEN:** Bajo el enfoque de la Filosofía del Derecho, en este estudio pretendemos realizar una revisión jurisprudencial sobre el tratamiento que nuestros tribunales dan a las obligaciones sanitarias y muy especialmente las del dentista, que como profesional sanitario, tiene particularidades específicas; con especial énfasis en la responsabilidad que nace del incumplimiento de su deber de información. La búsqueda sistemática se ha realizado mediante a través del buscador CENDOJ, del Poder Judicial, utilizando como descriptores las palabras clave "responsabilidad sanitaria", "dentista", "deber de información", "consentimiento informado". Como resultado, tras una breve introducción iusfilosófica, recogemos diferentes sentencias del Tribunal Supremo que vienen a dar las claves del tratamiento jurisprudencial del tema estudiado, de cara a su estudio como filosofía práctica del derecho. Como conclusión, podemos afirmar que la obligación del dentista siempre es de medios salvo que se hubiera asegurado un resultado. La responsabilidad nace del daño, es subjetiva y los tribunales son poco permeables a la legislación de consumo en este ámbito sanitario, aplicándola únicamente a aspectos organizativos.

**PALABRAS CLAVE:** Consentimiento informado, obligación de medios / de resultado, responsabilidad sanitaria, dentista, jurisprudencia.

**ABSTRACT:** Under the approach of the Philosophy of Law, in this study we intend to carry out a jurisprudential review on the treatment that our courts give to health obligations and especially those of the dentist, who as a health professional, has specific characteristics; with special emphasis on the responsibility that arises from the breach of his duty to inform. The systematic search was carried out through the CENDOJ data base, of the Judicial Power, using as keywords the keywords "health responsibility", "dentist", "duty of information", "informed consent". As a result, after an introduction, we collect different judgments of the Spanish Supreme Court that come to give the keys to the jurisprudential treatment of the subject studied, with a view to its study as a practical philosophy of law. In conclusion, we can affirm that the obligation of the dentist is always one of means unless a result would have been insured. The responsibility arises from the damage is subjective and the courts do not usually apply the consumer legislation in this health field, applying it only to organizational aspects. It can be contractual and / or non-contractual, based on the provisions of Book IV of the Obligations and contracts of the Spanish Civil Code and special laws, such as the named «Patient Autonomy law».

**KEYWORDS:** Informed consent, means / result obligation, health responsibility, dentist, jurisprudence

## Introducción

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

Cuando entra en juego una institución médico legal, como es el Consentimiento informado, debemos dirigir la atención no solo hacia la norma y su aplicación práctica, sino a la propia naturaleza de dicha institución, su "anatomía" y "fisiología" (es decir qué lo compone y cómo funciona), como explica Tarantino (2013), refiriéndose al pensamiento contrapuesto de Maurice Hauriou y Georges Renard acerca de la institución<sup>1</sup>.

El término de Consentimiento informado es una traducción del "Informed consent" surgido en Estados Unidos en 1957, tras una lenta evolución de la jurisprudencia norteamericana durante más de dos siglos anteriores como han señalado diversos autores<sup>2</sup>. Su configuración como institución médico-jurídica se ha producido al mismo tiempo que una progresiva secularización de la medicina, como explica REYNAL REILLO, citando obras fundamentales anglosajonas sobre deontología médica, como "Ética Médica" de Thomas Percival (1794), o "Deontología o Ciencia de la Moral" del gran Jehermy Bentham, publicada en 1834. Por una parte (dice) "el paciente exige la introducción en el tratamiento de aspectos psicológicos y sociales, y por otra parte, la revolución social del mundo moderno, reivindican la ampliación de la medicina para todos"<sup>3</sup>. En esta transformación, la asistencia sanitaria que se ha caracterizado en una primera etapa por la primacía del principio de beneficencia (primero, no hacer daño), en la que la responsabilidad del médico se producía única y exclusivamente cuando había un daño; ha evolucionado en una segunda etapa, protagonizada por el paciente en cuanto sujeto de derechos fundamentales, donde el Consentimiento informado es "expresión del libre desarrollo de la personalidad en cuestiones que conciernan a la propia salud"<sup>4</sup>.

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

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

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

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

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

Es un hecho que la libertad y la democracia han alumbrado el nacimiento de esta institución a lo largo de la Historia, por lo que su llegada a España era “cuestión de tiempo”<sup>5</sup>. En nuestro país, la regulación del Consentimiento informado en el ámbito sanitario viene dada por un conjunto de normas, a nivel de derecho internacional, comunitario, interno estatal y autonómico, además de normas deontológicas profesionales. Como veremos en el apartado siguiente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley de autonomía del paciente (LAP)<sup>6</sup> regula la institución del Consentimiento informado con carácter de legislación básica. En su preámbulo, cita expresamente diversas normas internacionales, las cuales integra: la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre<sup>7</sup>, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del año 1948<sup>8</sup>, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina<sup>9</sup> (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; ratificado por España en 1999. Convenios internacionales que, “por haber sido firmados y ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE), y deberán ser tenidos en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales regulados en nuestra Constitución (art. 10.2 CE), en concreto los derechos a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) y a la libertad de conciencia (art. 16 CE)”<sup>10</sup>.

---

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

<sup>6</sup> España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002). Veremos más adelante que una de las reformas sustanciales de esta Ley, que afecta a los apartados 3, 4 y 5 y por la que se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9, ha sido operada por la modificación de la Ley de protección a la infancia y la adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio, BOE núm. 180, de 29 de julio) que no sólo ha alterado el poder de decisión a los representantes del paciente en decisiones tales como el consentimiento por representación de menores de edad o personas incapaces legales o reales en el entendimiento de su proceso, sino que sólo considera “válidas” las decisiones del representante que aseguren el “mayor beneficio para la Vida o salud del paciente” (con una doble garantía reforzada, depositada en el médico responsable, quien por un lado valorará si esta decisión adoptada es contraria a tal interés, y por otro, imponiéndole la obligación de ponerlo en conocimiento directamente del Juez o a través del Ministerio Fiscal, facultando al médico para adoptar “las medidas necesarias en salvaguarda de la Vida o salud del paciente” si, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial. Vid capítulo 3.1.2. Consentimiento por representación y el problema de los menores, de este trabajo.

<sup>7</sup> UE. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (DOUE núm. 281, de 23 de noviembre de 1995); pp. 31 a 50.

<sup>8</sup> ONU. Declaración universal de los derechos humanos. Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

<sup>9</sup> España. Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE núm. 251 20 octubre 1999).

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

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

El consentimiento legitima el tratamiento sobre la base de que quien consiente (titular del bien jurídico) está transmitiendo al facultativo el derecho a actuar sobre el mismo. Pero más aún, ese consentimiento debe tener unas características para que sea válido tanto en lo subjetivo, como en lo objetivo<sup>11</sup>: sólo se pueden llevar a cabo intervenciones médicas sobre el cuerpo del paciente después de que éste haya sido previamente informado de la finalidad que persigue dicha intervención, y sobre las ventajas, riesgos, consecuencias e inconvenientes de la misma. Únicamente si existe este conocimiento previo, el paciente puede libremente elegir y expresar su consentimiento al respecto<sup>12,13</sup>.

Evidentemente, la previa información resulta esencial a la hora de dar validez al consentimiento del paciente sobre algo que afecte a su salud<sup>14</sup>. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia consideran la información como una garantía para la efectividad de la autonomía del paciente, por lo que su ausencia supone un vicio del consentimiento por el que deviene ineficaz la autorización otorgada que aprueba el ser intervenido<sup>15</sup>. Seijas Quintana, citando la STS de 2 de julio de 2002, señala que al paciente se le debe informar tanto de las medidas a adoptar para asegurar el resultado de la intervención una vez practicada, y también debe abarcar la información de preparación de la intervención y de las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado; como de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia. La falta de información implica una mala praxis médica desde el punto de vista de la imputación y también del derecho a la autonomía decisoria con fundamento en la dignidad de la persona, que con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y la paz social del art. 10.1. CE<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> No sólo nos referimos ahora a la capacidad del sujeto para emitir el consentimiento, así como la necesidad de representante como sustituto del titular del bien jurídico en consonancia con lo previsto también en los artículos 1263 y 1264 CC, sino también a su forma legal y expresamente prevista tanto en la LAP como en otras leyes. Es decir, no viciado, libre, carente de coacciones, sin mediar precio o recompensa, basado en la previa información veraz acerca de la patología concreta y específica relativa a un paciente concreto, sus riesgos particulares y especiales; así como alternativas de tratamiento y consecuencias de no realizar el procedimiento en cuestión y con antelación suficiente para que reflexione quien consiente, como desarrollamos más adelante.

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

<sup>13</sup> Cantero Martínez, J. El Consentimiento informado del paciente menor de edad. problemas derivados de un reconocimiento de su capacidad de obrar con distintas intensidades. DS. 2009; p. 1.

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

<sup>15</sup> Reynal Reillo, E. (2017). Op. Cit., p. 65.

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

Como veremos seguidamente, el deber de información previa se impone legalmente al “médico responsable” –como ya lo hiciera la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>17</sup> (LGS), la cual reconocía el derecho del paciente a que se le asignara un médico que fuera el “interlocutor principal” con el equipo asistencial–, debido a la desigualdad de conocimientos que existe entre el médico y el paciente y la complejidad de las intervenciones y la dificultad de comprensión de las mismas que tiene un paciente no médico<sup>18</sup>.

Para el dentista, el Consentimiento informado es además una exigencia ética. Así lo demanda el Código deontológico de la profesión<sup>19</sup>. No en balde, el Consentimiento informado es un proceso, de encuentro y diálogo entre el profesional sanitario y el paciente (no un acontecimiento aislado). Es “una realidad ineludible en la relación del profesional sanitario con el paciente y debe ser contemplada desde una perspectiva ética más que legal”<sup>20</sup>.

El Consentimiento informado es, por tanto, “el proceso de explicar el procedimiento, con sus ventajas e inconvenientes, para poder tomar luego una decisión, recabado fehacientemente por el profesional”<sup>21</sup>. Como señala SANCHO GARGALLO, el paciente “tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente. Así lo reconoce expresamente el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el día 1 de enero de 2001; y el art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01. Este último regula el Consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer a “toda persona el derecho a su integridad física y psíquica”, al disponer que “en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”<sup>22</sup>.

Somos conscientes que, en la práctica diaria, el Consentimiento informado se relaciona popularmente con el formulario que firma el paciente para “autorizar” una determinada técnica o procedimiento y con ello “liberar” al médico de responsabilidad y no se trata de eso. Como dice HERRERO: “No debemos estar realizando el proceso adecuadamente, ya que los pacientes tienen la sensación

---

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

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

<sup>19</sup> Código Ético y Deontológico Dental Español. ACUERDO AA17/1999, de la Asamblea General del Ilustre Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos de España, por el que se aprueba el. Madrid 9 de julio de 1999, modificado por el Acuerdo AA06/2012, del Consejo General, de fecha 15 de junio de 2012.

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

<sup>21</sup> Collazo, E. (2002). *Op. Cit.*, pp. 321.

<sup>22</sup> Simón Lorda, P. (2000). *Op. Cit.*, p. 95.

de que el formulario no está a su servicio, sino para la defensa del profesional y el hospital”<sup>23</sup>.

El Consentimiento informado es una institución médico legal que tiene configuración legal, como hemos avanzado y veremos a continuación, que se fundamenta en la Autonomía de la voluntad del paciente, titular del derecho fundamental a la integridad física y moral. En España, sus características se han ido perfilando a través de normativas de diferentes rangos, sobre la base del respeto absoluto a la autonomía del paciente que libremente consiente que se le practique un procedimiento diagnóstico o terapéutico sanitario, en pleno conocimiento del proceso sanitario que le afecte, así como de los riesgos, alternativas de tratamiento y complicaciones esperables.

Así se resume una institución que debe integrarse dentro de los textos legales, pero también en los sanitarios, siendo por tanto una institución médico-jurídica. La norma hará de ella un precepto de obligado cumplimiento y la práctica sanitaria hará de esta institución una actividad integrante de la “lex artis”. Todo ello como garantía del respeto absoluto a la autonomía y a la dignidad del paciente como máxima expresión no solo de la libertad individual, sino más bien del derecho fundamental a la salud e integridad física, del que no es sino una expresión fenoménica del mismo.

Por otra parte, en el ámbito médico, clásicamente se ha distinguido entre la medicina asistencial (o curativa) y la medicina voluntaria (o satisfactiva) y en esta última, se ha querido ver la existencia de una obligación de resultado, que no resulta tal si realmente no se ha pactado. Tanto en la medicina satisfactiva como en la curativa, en cuanto a responsabilidad, se distinguía a su vez si dicha responsabilidad tenía como régimen jurídico contractual o bien extracontractual, con la diferencia añadida de los plazos de prescripción (antes muy diferentes, ahora no tanto, pero con relevancia evidente en cuanto a extinción de la acción). Una definición doctrinal de lo que podemos entender como responsabilidad civil<sup>24</sup> podría ser “la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro, a la obligación de reparar el daño producido, distinguiendo cuando la vulneración del deber de conducta nace de un contrato (responsabilidad contractual); o bien se debe a un comportamiento culposo o doloso del que nace la responsabilidad (extracontractual) del deudor del derecho de crédito en la obligación de reparar el daño al acreedor de tal derecho.

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

---

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

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

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

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

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

El artículo 1101 CC, régimen jurídico de la responsabilidad contractual, sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. Mientras, por su parte, el artículo 1902 y siguientes configuran la llamada responsabilidad extracontractual. El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo<sup>26</sup>. Finalmente, destacar que los tribunales comienzan a ser permeables a aceptar en mayor o menor grado la responsabilidad objetiva (ampliamente desterrada en sede de responsabilidad sanitaria), al aplicar en casos de responsabilidad sanitaria ciertos aspectos de la legislación de consumo en este ámbito<sup>27</sup>.

Por lo general para que se pueda apreciar la responsabilidad profesional es necesario la existencia de un daño indemnizable, una falta profesional y una relación de causalidad entre la falta y el daño, imputable al profesional. La obligación médica es siempre de medios y no puede asegurarse un resultado, salvo que se haya pactado cosa distinta claramente y de forma válida. La

---

<sup>26</sup> STS de 24 de noviembre de 2005 que se refiere, precisamente, a un caso de Angina de Ludwing, derivado de la previa exodoncia de un segundo molar inferior derecho (47), realizada por un profesional, que fue tratado posteriormente por un médico otorrinolaringólogo, cuando el primero le derivó al paciente al observar que el tratamiento de antibiótico seguido no era efectivo. El especialista aconsejó su ingreso hospitalario urgente, en el que se diagnosticó un absceso de suelo de la boca, se le realizaron análisis de sangre y diversas pruebas, con complicación posterior que derivó en un shock séptico y hemorragias que obligó a trasladarlo a otro hospital, establecimiento de drenajes y diversas intervenciones, detectándose una parálisis total de la lengua (posible neuropatía tras edema postquirúrgico). El recurso se desestimó precisamente porque se exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (art. 1902 CC, que se funda en la culpabilidad). En este caso, no se aprecia (FD 4º) "ninguna deficiencia en el tratamiento, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala"; con cita de las SSTS 26 de mayo de 1986, 7 de febrero de 1990 y 24 de marzo 2005.

<sup>27</sup> Corpas Pastor, L. El derecho de consumidores y usuarios en los servicios sanitarios odontológicos. Revista Actualidad del Derecho Sanitario. 2018 (I): ADS N° 262; (II) ADS N° 263; (III) ADS N° 264).

jurisprudencia distingue claramente entre lo que deba ser un cliente, diferenciándolo de lo que sea un paciente. Como dice SEIJAS QUINTANA, “quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja”<sup>28</sup>.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley de Autonomía del paciente, “LAP”, en vigor desde el 16 de mayo de 2003), no distingue bien entre paciente y cliente, pero ha supuesto un hito importante en el proceso de transformación social en España, por el que también se ha ido desplazando el eje de la actividad médica desde el principio de beneficencia que la caracterizaba tradicionalmente, hacia una primacía de la autonomía del paciente donde resurge la importancia de los derechos de los pacientes como eje de la relación asistencial. Norma aprobada con el respaldo de todos los grupos parlamentarios, que expresa el progreso ético de una comunidad, pero que requiere un esfuerzo de asimilación, formación y compromiso para que no se quede en una declaración de buenas intenciones<sup>29</sup>, la cual ha sido reformada a través de diversas modificaciones. Una de las más importantes entró en vigor en 2015 sobre la autonomía del menor.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante a tenor del DCFR<sup>30</sup> y las perspectivas que éste apunta sobre el Derecho europeo de contratos, concretamente en la asistencia sanitaria, en la que se exige diligencia (IV.C.-8: 101) y habilidad y cuidado (IV.C.-8: 104)<sup>31</sup>, lo cierto es que ninguna de estas concepciones da respuesta al interrogante de lo que sea el contrato que une al dentista con el paciente y aunque el DCFR señala el contrato de servicios médicos en la categoría de contrato de servicios, nosotros pensamos que podría encuadrarse como contrato de suministro, por lo que la tipificación contractual de la asistencia dental constituye un reto jurídico importante actual, no solo por lo que acabamos de exponer, sino porque en la práctica, la Odontología clínica adquiere unas veces tintes de medicina asistencial y otras, satisfactiva, en la que se puede comprometer o no la consecución de un resultado; por lo que unas veces, el mismo procedimiento dental podrá generar obligación de medios o bien, de resultado; y el mismo podrá ser considerado como un contrato de arrendamiento de servicios o bien, de obra. Nosotros pensamos que se trata en realidad de un contrato de suministro de bienes y servicios (contrato de suministro por el que el dentista se compromete a cambio de un precio a suministrar una combinación de servicios científicotécnicos, así como suministrar una serie de procedimientos y productos, incluyendo productos farmacéuticos que elaboran bajo su dirección, o no, determinados actores con categoría jurídica de auxiliares del principal o con

<sup>28</sup> Seijas Quintana, J.A. Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados? Rev. Aso Esp. Abogados Esp. R Civil y Seguro. 2009; p. 10.

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

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

<sup>31</sup> Jiménez Horwitz, M. La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán). ADC. 2012; pp. 551 y 563.

categoría jurídica de contratistas independientes y que en ciertos casos se sitúan fuera de la relación que le une con el paciente/cliente/consumidor)<sup>32</sup>.

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

### *1. Metodología*

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

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

Como resultado de lo anterior, identificamos el Consentimiento informado que se ha definido jurisprudencialmente como un elemento propio de dicha Lex artis, y presupuesto de la misma, con una mayor intensidad de la información previa (en la medicina satisfactiva/voluntaria) que en la actividad sanitaria curativa/asistencial<sup>33</sup>.

El artículo 1101 CC, régimen jurídico de la responsabilidad contractual, sujeta a la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, como señala la Sentencia de 20 de noviembre de 2009<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Corpas Pastor, L. (2018). Op. Cit.

<sup>33</sup> Cfr. STS núm. 330/2015, de 17 de junio (Id Cendoj: 28079110012015100315). Ponente José Antonio Seijas Quintana, en la que citando las SSTS 29 de mayo ; 23 de julio de 2003 ; 21 de diciembre 2005 ; 15 de noviembre 2006 ; 7 de mayo de 2014, recuerda que “el Consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lex artis y como tal forma parte de toda actuación asistencial [...] La información es más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma, que en la asistencial (SSTS 21 de octubre de 2005 ; 4 de octubre 2006 ; 29 de junio 2007 ; 27 de septiembre 2010 ; 20 de enero 2011 )”.

<sup>34</sup> Esta sentencia, junto con las SSTS de 3 de marzo de 2010 , 19 de julio 2013, y 7 de mayo de 2014 forman parte de la doctrina que cita a su vez la STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015;

Por otra parte, el art. 1902 CC establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Es la clave de la responsabilidad extracontractual. El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005<sup>35</sup>; 10 de junio 2008).

Los profesionales sanitarios actúan sobre personas, pacientes o clientes (en la distinción certera de SEIJAS QUINTANA<sup>36</sup>, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1.950, así como en la de 25 de abril de 1994, citadas en la de 22 de Julio de 2003, “en la que se perfilan muy claramente las distintas obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, según se trate de curar o mejorar a un paciente”); pero las personas son entes biológicos y cada una reacciona de forma similar, pero siempre diferente. La STS 26 de julio 2006 reitera que “la naturaleza de la obligación del médico tanto si procede

---

sobre la obligación de medios en que consiste la responsabilidad del dentista. En su FD 2º, dice “que “La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual ( SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 )”.

<sup>35</sup> Esta STS de 24 de noviembre de 2005 se refiere, precisamente, a un caso de Angina de Ludwing, derivado de la previa exodoncia de un segundo molar inferior derecho (47), realizada por un profesional, que fue tratado posteriormente por un médico otorrinolaringólogo, cuando el primero le derivó al paciente al observar que el tratamiento de antibiótico seguido no era efectivo. El especialista aconsejó su ingreso hospitalario urgente, en el que se diagnosticó un absceso de suelo de la boca, se le realizaron análisis de sangre y diversas pruebas, con complicación posterior que derivó en un shock séptico y hemorragias que obligó a trasladarlo a otro hospital, establecimiento de drenajes y diversas intervenciones, detectándose una parálisis total de la lengua (posible neuropatía tras edema postquirúrgico). El recurso se desestimó precisamente porque se exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (art. 1902 CC, que se funda en la culpabilidad). En este caso, no se aprecia (FD 4º) “ninguna deficiencia en el tratamiento, en esa relación médico-enfermo de la que deriva una obligación de medios y no de resultados, que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas, como con reiteración ha declarado esta Sala”; con cita de las SSTS 26 de mayo de 1986, 7 de febrero de 1990 y 24 de marzo 2005.

<sup>36</sup> Seijas Quintana, J.A. Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados? Rev. Asoc. Esp. Abogados Esp. R Civil y Seguro. 2009; p. 10.

de contrato (de prestación de servicios, no de obra, como cirugía estética Odontología o vasectomía), como si deriva de relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios” (citando la STS 23 de marzo de 2006<sup>37</sup>).

La exposición sistemática que realiza este autor<sup>38</sup>, Magistrado del Tribunal Supremo, describe los elementos jurisprudenciales que comprende la obligación de medios, según recoge la STS de 11 de febrero de 1997. Es decir, la utilización de cuantos medios conozca la ciencia de acuerdo a las circunstancias del enfermo; la información sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos (como expusimos en el apartado correspondiente al Consentimiento informado); y la continuidad del tratamiento hasta el alta. En cuanto a las pruebas diagnósticas se reitera la obligación de realizar todas las necesarias<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. STS núm. 269/2006, de 23 de marzo (Id Cendoj: 28079110012006100291), cuyo Ponente fue D. Román García Varela, que desestima el recurso de casación interpuesto frente a la absolución del centro sanitario y los médicos que atendieron a la paciente, que, tras ser intervenida de histerectomía total por un carcinoma ovárico, le siguió posteriormente un tratamiento quimioterápico después de varios episodios de dolor que se concretaron en una recidiva del tumor. La demanda y la apelación se desestimaron, porque no se había probado una “conducta productora, en nexo causal, del daño y se ha acreditado que su actuación fue correcta”. Recuerda la sentencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “como dice la STS de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, Odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, SSTS de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre y 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997”. La importancia de esta sentencia es que sigue identificando la Odontología como una actividad donde el resultado se asegura “como cirugía estética” o “vasectomía”. Doctrina que, como veremos más adelante, ha mudado muy acertadamente, considerándose la Odontología como toda actividad médica; con obligación de medios y sólo de resultado, únicamente cuando así se configure la obligación.

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

<sup>39</sup> Los elementos que comprende una obligación de medios tanto en cuanto a las pruebas diagnósticas (STS 15 febrero 2006, que establece la obligación de realizarlas, todas las necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento; así como la STS 23 septiembre de 2004, que establece que solamente el diagnóstico que presente error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir para declarar la responsabilidad, al igual que no se hubieran hecho todas las exigibles), como en cuanto a procedimientos terapéuticos, cuyos elementos describe la STS de 11 de febrero de 1997 describe y reproducimos a continuación: La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo a las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto, citando a su vez la STS 24 noviembre 2005, en un caso que era posible tanto la intervención neurológica como radiológica, deja en manos del médico la decisión de poner al alcance del paciente los recursos que le parezcan más eficaces siempre que sean aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica. La información del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el caso de intervenciones quirúrgicas (que se extiende a los medios que comporta el control de enfermedad, en caso de enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas). La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono, con cita de la STS de 8 de febrero de 2006, que responsabiliza al médico que no controló la evolución ni los síntomas inequívocos manifestados por el medicamento suministrado a la paciente, conociendo su estado de hipertensión.”

DOMINGO MONFORTE y ESCRICHE MONZÓN<sup>40</sup> realizaron una revisión jurisprudencial cuando la Odontología tiene un carácter voluntario (principalmente en implantología y Ortodoncia), en que el interesado acude no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético (intervenciones no curativas, terapéuticas o asistenciales, esto es, en supuestos de medicina voluntaria o satisfactiva, en las que el cliente o “interesado”– que no paciente/enfermo–, acude al médico para mejorar su aspecto físico o estético). En estos casos, la asistencia sanitaria es plenamente voluntaria y absolutamente libre la relación entre el facultativo y la persona que solicita su intervención, en tanto no resulta impuesta por un deterioro de salud que la convierta en necesaria. Entonces, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 1997 (RJ 1997/8964), Ponente Sr. D. Xavier O’ Callaghan Muñoz, que se refiere a la sentencia de instancia correspondiente que resume la doctrina dictada por la Sala Primera, con cita de las SSTS de 21 marzo 1950, de 16 abril 1991 (RJ 1991\2697), 25 abril 1994 (RJ 1994\3073) (la de 7 febrero 1990 [RJ 1990\668], lo apunta al final del fundamento 4.º), y la de 11 febrero 1997 (RJ 1997\940), esta relación médico-paciente “se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue”. Los autores insisten en declarar la acertada actuación de los tribunales, con cita de la SAP Barcelona, de 4 de mayo de 1994 (AC 1994/943) que así lo señalaba “Acierta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 mayo 1994 (AC 1994/943), “al buscarse un resultado innovador más o menos objetivo, distinto de la curación del enfermo, un importante sector doctrinal ha situado este tipo de intervenciones en la esfera del arrendamiento de obra y no en el de servicios, en cuyo ámbito se enmarca la actividad médica general.”

Por tanto, podemos observar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había decantado, en el pasado, por identificar una obligación de resultado exigible cuando el mismo sea comprometido, identificando ésta con la resultante de un tratamiento de ortodoncia o de implantes.

Sin embargo, los dentistas no son muy diferentes a los demás profesionales sanitarios y como el resto, actúan sobre personas. Como los demás, se apoyan en un sinnúmero de profesionales sanitarios y otros técnicos, colaboradores dependientes e independientes y auxiliares. Suministran técnicas y productos farmacéuticos, cosméticos y productos sanitarios y como los demás, también, realizan su actividad mediante un contrato o no con el paciente, que les obliga o no, a un resultado y de la que son tan responsables como los demás profesionales sanitarios por sí y por sus colaboradores (o no), así como por las técnicas y por los productos que utilizan en su quehacer diario. El resultado siempre está presente en la actividad del dentista, unas veces como obra comprometida (obligación de resultado), y casi siempre, como fin al que se encamina su actividad de suministro de servicios dentales (obligación de medios).

---

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

Por otra parte, el paciente, o el cliente dental es ahora un ser autónomo que, libre e informadamente, decide qué intervención consiente y cuál rechaza. El paciente dental actual es un “comparador” que se informa y acude a internet prácticamente siempre. La sociedad de la información ofrece este escaparate como herramienta donde buscar y comparar e incluso seleccionar dónde acudir. Cada vez más, el paciente dental actúa como consumidor y cada vez más nos acercamos a la relación paciente-dentista vista como un contrato por el cual el dentista a cambio de un precio se compromete a suministrar unos servicios al paciente, en los que intervienen otros profesionales, con o sin dependencia del dentista. El cliente dental cada vez más actúa como consumidor y por eso busca la protección que como tal tiene. Los Tribunales ante una demanda de responsabilidad civil en este ámbito de la asistencia sanitaria han ido perfilando y distinguiendo situaciones para configurar una doctrina jurisprudencial que alumbró este panorama.

Una de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, clarifica estas disquisiciones que he intentado transmitir al lector: la STS de 13 de abril de 2016<sup>41</sup> resume la doctrina del alto Tribunal en el ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, con cita de las SSTS de 7 de mayo 2014; de 3 de febrero 2015<sup>42</sup>, 20 noviembre 2009; 3 marzo 2019 y 19 julio 2013, en un supuesto de medicina voluntaria (cirugía estética o plástica) que en el pasado siempre había sido considerada como contrato de obra, con garantía de resultado por antonomasia (junto con la vasectomía e incluso en unas primeras épocas, la propia Odontología). En esta sentencia se describe el caso de una señora que acude a una clínica dermatológica para someterse una intervención quirúrgica (FD 1º) con la intención de mejorar la apariencia de sus senos (mamoplastia de aumento). Tras el postoperatorio se produjo una complicación (deformidad conocida como “doble burbuja”), con el efecto contrario al perseguido. Es decir: el empeoramiento estético muy visible y notorio de la apariencia de sus senos. Ante este resultado, se propuso reintervenirla para solucionar el problema, sin que esta cirugía correctiva solucionara completamente la deformidad que había quedado como consecuencia de la primera intervención. Ante este resultado insatisfactorio demandó la clienta al médico que la operó, reclamando una indemnización por el daño ocasionado por las “lesiones, secuelas, daños morales más el precio abonado por el incumplimiento contractual y el importe de la nueva intervención a la que ha de ser sometida para mejorar el aspecto, además del 10% de factor de corrección”. En primera instancia se desestimó la

---

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

<sup>42</sup> Cfr. STS núm. 18/2015 de 3 de febrero (Ponente D. José Antonio Seijas Quintana), que se refiere a un caso idéntico y de la que destacamos previamente el reproche por falta de información. La sentencia desestima el recurso de casación promovido por el médico contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que lo condenaba, además del daño moral, a indemnizar por el coste de las intervenciones. Recoge la doctrina general sobre la responsabilidad de medios que tiene el profesional médico “y como tal no puede garantizar un resultado concreto”, citando las SSTS de 12 de marzo 2008 y 30 de junio 2009. En concreto, añade que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994 , 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013)”.

demanda, pero formuló apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que la estimó en parte sobre la base de que la asimetría residual resultante en uno de los dos pechos era una consecuencia no deseada de una intervención de medicina satisfactiva (voluntaria) en la que se pretende un resultado como consecuencia de la existencia de un contrato de obra “sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada”, (citando las SSTS de 28 de junio de 1997, de 21 de marzo de 1950, de 25 de abril de 1994, así como las de 11 de febrero de 1997 y 22 de julio de 2003, 21 de 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006).

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

Existe una mayor exigencia de información cuando estamos ante una intervención satisfactiva<sup>43</sup>, sobre todo en un caso en que se compromete resultado, por lo que, al haber sido informada sobre la posibilidad de esta complicación, y haberse concretado el riesgo posteriormente, no había lugar a este reproche. Sin embargo, el motivo se estima porque la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia había obviado la doctrina reiterada de la Sala sobre la obligación de medios y de resultados como criterio general en este ámbito, en el que la responsabilidad del médico siempre es de medios; que, por su importancia y magistral exposición, nos permitimos reproducir a continuación (FD 2ª):

“La sentencia de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2477) , que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015, 641) , con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 138) , 3 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3778) y 19 de julio 2013 (RJ 2013, 5003) , en un supuesto similar de medicina voluntaria, dice lo siguiente: “La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente

---

<sup>43</sup> Cfr. STS núm 330/2015, de 17 de junio, anteriormente referenciada, en la que reitera la doctrina de la Sala Primera sobre la obligación de resultado (FD 3º), cuando dice: “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994 , 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 , 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014 )”.

los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 (RJ 2009, 4323) )".

Es decir, salvo en situaciones excepcionales, la actividad del médico (y la del dentista) siempre es de medios y no de resultado y por lo tanto solo exigible desde la imputación objetiva cuando exista un déficit en su actuación por la falta de cuidado en el diagnóstico o en el tratamiento. Sigue diciendo la sentencia que "los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994 (RJ 1994, 3073) , 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 (RJ 2004, 2608) , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6428) , 23 de mayo de 2007 y 19 de julio 2013 (RJ 2013, 5003) ). Finalmente, la sentencia se refiere a la mayor intensidad de la obligación de informar que se acentúa en un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria, con objeto de que "el interesado" (cliente) conozca "los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma". Por eso dice que el criterio debe ser "más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención, y esta información no fue proporcionada debidamente"<sup>44</sup>, citando la Sentencia de 21 de octubre de 2005.

---

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

La sentencia que estamos analizando precisa que una intervención de cirugía estética no conlleva por sí sola la garantía del resultado (al cual se orienta la intervención y no sólo la medicina voluntaria, sino toda intervención médica); pero que el fracaso de cualquier intervención médica no es imputable al facultativo por el simple resultado, “prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraria a la jurisprudencia de esta Sala”, por lo que la sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el médico y se mantiene la desestimación de la demanda que dictó el Juzgado de 1ª instancia. La doctrina científica se ha preocupado del tratamiento jurisprudencial de la obligación que contraen los profesionales sanitarios, así como el régimen de su responsabilidad civil, que no admite diferencia entre la medicina curativa y satisfactiva, concluyendo que, salvo en situaciones excepcionales, la actividad del médico siempre es de medios y no de resultados y por lo tanto solo exigible desde la imputación objetiva cuando exista un déficit en su actuación por la falta de cuidado en el diagnóstico o en el tratamiento<sup>45</sup>.

Vemos por tanto que, como hemos avanzado, los tribunales son reacios a aplicar la legislación de consumidores y usuarios en casos de responsabilidad médica. La STS de 28 de junio de 2013 desestima un recurso de casación y reitera la doctrina del Tribunal supremo acerca de que no es aplicable “la legislación de los consumidores y usuarios. Según la más reciente jurisprudencia de esta Sala, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”, con cita de las SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 5 de enero y 26 de abril de 2007, 4 de marzo 2013. Se trata de una señora que se sometió a una intervención voluntaria (de cirugía estética de las mamas, “mamoplastia” y posteriormente de abdomen “abdominoplastia”), reclamando por un lado responsabilidad objetiva (que se desestima, como hemos visto) y por otro lado, contractual por no alcanzar el resultado, pero también se desestima sobre la base de que la distinción entre la obligación de medios y la de resultado no es posible, salvo que se garantice o se pacte el resultado, siendo la obligación del médico de medios:

“Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin

---

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

alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual ( SSTS 12 de marzo 2008 ; 30 de junio 2009 ; 20 de noviembre 2009 ; 3 de marzo de 2010 y 27 de septiembre 2010 )”.

Finalmente, quisiéramos recordar que acreditada la falta de información, en ocasiones el Tribunal supremo, acreditado también un daño, pero no acreditado nexo causal entre ambos, y existiendo una “evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido”<sup>46</sup>. AÑÓN CALVENTE sostiene finalmente que pese a la proscripción que el Tribunal Supremo realiza y a la resistencia de la Sala frente a la aplicación de criterios de responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario, en cuanto consumidores, los clientes tratan de acercar la legislación de consumo, pero que dicha responsabilidad sólo la aplica el Alto Tribunal “en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”, no frente al daño imputable

---

<sup>46</sup> Cfr. STS núm. 948/2011, de 16 de enero de 2012 (Id Cendoj: 28079110012012100028), de la que fue Ponente D. José Antonio Seijas Quintana, en la que se describe un caso en que se indemniza por pérdida de oportunidad a un paciente que tras una intervención quirúrgica realizada correctamente de acuerdo a la *lex artis*, pero que no hubo información adecuada sobre los riesgos de la intervención quirúrgica “quedó afectado de una tetraplejia con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión, falta de control voluntario sobre esfínter rectal, siendo dependiente para sedestación y desplazamiento de una silla de ruedas con necesidad de ayuda para las actividades de la Vida diaria”. Acreditado el daño, y acreditada la falta de información, se indemniza por pérdida de oportunidad como criterio de imputación (no por mala praxis, que no existió), por el retraso diagnóstico a consecuencia de la falta de información que imposibilitó con cierta probabilidad una limitación del daño, al no ser diagnosticado el alcance de la secuela, y no poderse intentar corregirla antes, imposibilitando una pronta intervención. Es de destacar, que como hemos expuesto previamente sobre la teoría de la pérdida de oportunidad, la indemnización se cuantifica como un porcentaje (en este caso el 50%) de la que correspondería a la valoración del daño.

objetivamente a la actividad del médico, el cual tiene como imputación la culpa (ex art. 1902 CC)<sup>47</sup>.

En Odontología, la evolución de la jurisprudencia ha ido en cierto modo paralela a la de la medicina estética, con una primera etapa en la que se la encuadraba como una actividad de arrendamiento de obra, con obligación de resultado, dentro de la medicina satisfactiva, hacia una posterior consideración como una actividad de medios, salvo que existiera un aseguramiento contractual de resultado, tal y como recogían DOMINGO MONFORTE y ESCRICHE MONZÓN. Como actividad médica, la Odontología demanda una obligación de medios, como afirma la STS de 22 de mayo de 1998, en un caso de un paciente que falleció después de hacerse un empaste, a consecuencia de una infección dental que produjo una Angina de Ludwig, productora de un shock séptico mortal. La viuda inició un proceso penal contra el dentista que fue archivado, pero a continuación inició la vía civil. En primera instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó la Apelación a continuación y finalmente, se interpuso el recurso de casación, que se formuló fundado en la infracción del artículo 1903 CC, que la Sala admite por la "responsabilidad directa de los centros y servicios sanitarios por hecho ajeno, atribuible a los facultativos y personal dependiente, que surge de la relación de dependencia del médico, al entrar en juego los conceptos de "culpa invigilando" o "culpa in eligendo" (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997, entre otras muchas)".

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

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

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

ANDREU TENA y cols<sup>48</sup>. en un completo trabajo acerca del tratamiento jurisprudencial en medicina satisfactiva, analizan casos en los que la actuación del dentista se puede enmarcar en esta clasificación de medicina voluntaria, con cita de las SSTS de 28 de junio de 1999 y de 11 de diciembre de 2001, ambas de la Sala Civil. Esta distinción, como hemos visto, es importante desde el punto de vista del mayor requerimiento de información que tiene el cliente que se va a

---

<sup>47</sup> Cita para ello las SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de abril de 2007; 4 de marzo 2013).

<sup>48</sup> Andreu Tena, E. Azparren Lucas, A. Donat Laporta, E. Estudio jurisprudencial en medicina satisfactiva. Rev. Esp. Med. Legal. 2013; p. 166.p. 163.

someter a una intervención no necesaria. No en cuanto a la consideración del tipo de obligación, puesto que ésta será siempre de medios, salvo en aquellos casos concretos en los que se haya comprometido un resultado. Precisamente, la sentencia citada (STS de 28 de junio de 1999)<sup>49</sup>, cuyo Ponente fue D. Xavier O'Callaghan Muñoz, consideraba la Odontología directamente como una actividad de resultado. En su FD 2º dice. "la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear ("rehabilitar" dice el dictamen pericial) la boca del paciente, demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación - obligación del resultado", en base a la infracción del artículo 1544 CC y 1101 CC, incumplimiento no excusado en los términos del artículo 1905 "y cuyo resultado no obtenido implica el incumplimiento de la obligación" no excusable. Se trata de una paciente que después de nueve años de "dolorosos tratamientos" con un dentista "que le iba a realizar una intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto". Pero finalmente la paciente acude a otro dentista quien sí consiguió la "rehabilitación" de la boca de la paciente. El Tribunal Supremo condena al primer dentista por incumplimiento, condenándolo a indemnizar a la paciente.

La STS de 12 de marzo de 2008<sup>50</sup> (citada a su vez por la por la STS de 13 de abril de 2016)<sup>51</sup>, desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación que condenaba a un profesional dentista y maxilofacial, y a su compañía de seguros, a indemnizar a una paciente "por la rehabilitación del maxilar superior izquierdo y lograr implantar en él las piezas dentarias perdidas, al haberse comprometido dicho facultativo a lograr un implante osteointegrado de cinco piezas dentarias, previo injerto de un trozo de hueso extraído de la cadera", y al profesional además, porque había perdido la prótesis dental que recibió de la paciente para adaptarla y no habérsela devuelto a la paciente y "por la falta de información y consiguiente daño moral". En este caso, la Sala estima que realmente hubo un arrendamiento de obra, con un resultado prometido que no se materializó, por lo que confirma la condena indemnizatoria impuesta.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido puliendo estos conceptos y la última corriente se asienta en considerar cada caso concreto diferenciadamente, para desde un planteamiento general, considerar la Odontología como una actividad médica más, en la que la actividad del dentista comporta una obligación de medios por regla general, sólo truncada en ciertos casos particulares, cuando se ha comprometido un resultado.

La STS de 17 de junio de 2015, cuyo Ponente es José Antonio Seijas Quintana<sup>52</sup>, analizaba un caso sobre responsabilidad por negligencia médica por culpa contractual y extracontractual contra una dentista y una clínica dental, en la que una paciente con antecedentes y tratamiento psiquiátrico, se sometió a un

<sup>49</sup> STS núm. 587/1999, de 28 de junio (Id Cendoj: 28079110011999102388).

<sup>50</sup> STS núm. 218/2008, de 12 de marzo (Id Cendoj: 28079110012008100578).

<sup>51</sup> Sala de lo Civil, Sección 1ª, STS, núm. 250/2016 de 13 abril (RJ 2016, 1495).

<sup>52</sup> STS núm. 330/2015, de 17 de junio de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100315).

tratamiento de ortodoncia y unos implantes, a consecuencia de dicha cirugía sufrió una pérdida de sensibilidad del nervio dentario inferior y otras complicaciones, parcialmente solucionadas por la dentista, quien trabajaba como profesional no dependiente del centro demandado. La paciente reclamó una indemnización que en primera instancia fue desestimada, al igual que la apelación, porque según la Audiencia Provincial, no se evidenció lesión alguna del tronco del trigémino a consecuencia de los implantes, no existe nexo causal entre los dolores y las lesiones, no acredita el agravamiento del estado psiquiátrico, no se acredita la lesión del nervio dental inferior, no hubo mala praxis, ni daño desproporcionado<sup>53</sup> sin relación causal y finalmente, hubo información suficiente, como expusimos en capítulos precedentes. El recurso de casación se desestima, por cuanto se pusieron todos los medios por parte de la dentista, que no puede garantizar un resultado y actuó en todo momento de acuerdo a la *lex artis*. Recuerda la sentencia (FD 5º, 1.-) “asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTs 25 de abril de 1994 , 11 de febrero de 1997 , 7 de abril de 2004 , 21 de octubre de 2005 , 4 de octubre de 2006 , 23 de mayo de 2007 , 19 de julio 2013 y 7 de mayo de 2014 ),“. Por lo que en un caso como este, de medicina satisfactiva, no hay garantía de resultado si así no se pacta y los hechos probados son contumaces: “no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. Tampoco se le garantizó el resultado, ni este resulta del relato de hechos de la sentencia”.

Vemos, por tanto, que el Tribunal Supremo entiende que incluso en la Odontología satisfactiva o voluntaria, no hay contrato de arrendamiento de obra con garantía de resultado de forma general, sino todo lo contrario: la obligación del dentista es una obligación de medios y el deber de informar queda cumplido sin necesidad de prueba escrita, cuando la información es completa sobre las alternativas y riesgos del tratamiento.

La STS de 24 de noviembre de 2016<sup>54</sup>, referida también a un caso de implantes dentales, pero en un paciente que había sufrido un cáncer que sufrió una

---

<sup>53</sup> Cfr. STS núm. 284/2012, de 6 de junio (Id Cendoj: 28079110012014100257). Ponente José Antonio Seijas Quintana, en la que con anterioridad describía magistralmente la doctrina sobre el daño desproporcionado (con cita de la STS de 19 de julio de 2013, rec. nº 939/2011) es “aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” “de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009, rec. 222/205; 27 de diciembre 2011, rec. nº 2069/2008, entre otras), sin que ello implique la objetivización, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico”, “sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa eVidencia (res ipsa loquitur)” (STS 23 de octubre de 2008, rec. nº 870/2003)”.

<sup>54</sup> Vid Sancho Gargallo, I. (2004). Op. Cit., que señala que el derecho de información comprende como mínimo: la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias, y además la información proporcionada tiene que ser verdadera, comprensible y adecuada. La jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que “tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento pueda

osteonecrosis a causa de una dehiscencia de suturas (circunstancia fortuita no achacable a mal praxis, quedando como secuelas cicatrices procedentes de los injertos, e imposibilitado para hablar, abrir la boca y comer con normalidad), considera el supuesto como de medicina curativa, que no garantizaba tampoco un resultado y desestima el recurso de casación interpuesto por los sucesores mortis causa del paciente, quien falleció en el curso del procedimiento.

Como actividad médica, la Odontología demanda, por tanto, una obligación de medios, como afirmaba la STS de 22 de mayo de 1998<sup>55</sup>, en un caso de un paciente que falleció después de hacerse un empaste, a consecuencia de un shock séptico.

La STS de 25 de octubre de 2002, cuyo Ponente fue D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, absuelve a un dentista privado y al INSALUD de una demanda de reclamación de cantidad interpuesta por un paciente por las secuelas sufridas consistentes en la pérdida prácticamente total de la mandíbula inferior como consecuencia de una infección (osteomielitis mandibular) por una supuesta negligencia en el diagnóstico y tratamiento de una infección a consecuencia de las endodoncias efectuadas en primer término por el dentista y a una deficiente atención posterior por parte de los facultativos de la Seguridad Social, a los que acudió porque el dentista no llegó a solucionarle la infección y centro al que reprocha que no se le prestó la atención debida a su gran enfermedad. La sentencia declara en su FD 3º que no existe causalidad entre la actuación del facultativo y el resultado dañoso producido; por lo tanto, no puede haber culpabilidad en la actuación del dentista. En cuanto al centro sanitario, no cabe imputar responsabilidad tampoco porque no hubo error diagnóstico. “Cuando el diagnóstico y el tratamiento resultan correctos en función de los síntomas presentados por el enfermo en tal momento, descartan la alegada infracción del art. 1902 del Código civil”, con cita de la sentencia de 18 de enero de 2001.

Para finalizar, desterrada vieja corriente jurisprudencial de considerar la Odontología como una actividad profesional con obligación de resultado, que en algunos momentos aterrorizó a los dentistas, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal supremo entiende que la del dentista es una obligación de medios. Por tanto, el tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad sanitaria en general y de la responsabilidad profesional en odontología en particular, exige la existencia de un daño, una falta profesional y un nexo causal entre el daño y la

---

esperarse y los riesgos del mismo”, citando la STS, 1ª de 27 de abril de 2001. EDJ 2001, 6466 y (STS, 1ª de 8 de septiembre de 2003. EDJ 2003/92643). El consentimiento por escrito tiene un mero valor ad probationem (STS, 1ª, de 2 de julio de 2002, RJ 2002/5514), (STS, 1ª, 29 de septiembre de 2005, EDJ 2005/149422), (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre 1998), recayendo la carga de la prueba de la información, sobre el médico. (STS, 1ª, 2 de julio de 2002, RJ 2002/5514), invirtiéndose la carga de la prueba en su ausencia, por la mayor facilidad probatoria que tiene el médico (STS 3ª, 29 de junio de 2010. EDJ 2010//140122, STS 3ª, 16 de enero de 2007, EDJ2007/1983, STS 3ª, 18 de junio de 2012 EDJ 2012/133284). Se exige el consentimiento previo y la información previa al mismo debe ser suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente con responsabilidad. Citando la STS, 1ª, 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891), “la información habrá de ser exhaustiva, comprensible, suficiente, correcta, veraz y leal” y de forma clara y comprensible STS, 3ª, 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3258)  
<sup>55</sup> STS núm. 462/1998, de 22 de mayo (Id Cendoj: 28079110011998102332). Ponente José Almagro Nosete.

actuación profesional que pueda imputarse al profesional. La jurisprudencia diferencia perfectamente entre la medicina satisfactiva y la asistencial, exigiendo una mayor calidad en la información en la primera. Al igual que delimita claramente quién es paciente y quién es cliente. Como dice SEIJAS QUINTANA, “quien recibe el servicio tiene la consideración de paciente. El que reclama una obra adquiere la condición de cliente ya que lo hace de forma voluntaria y no necesaria como sucede con quien acude al médico por una dolencia que le aqueja”<sup>56</sup>.

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

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

En cuanto a la adecuación a la *Lex artis* como criterio de imputabilidad cuando se infringe, el Consentimiento informado se reconoce como un elemento más y

---

<sup>56</sup> Seijas Quintana, J.A. Responsabilidad Civil médica: ¿Obligación de medios; Obligación de resultados? Rev. Aso Esp. Abogados Esp. R Civil y Seguro. 2009; p. 10.

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

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

Insistimos de nuevo: aunque la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido constante en que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva, siendo el reproche de tipo culpabilístico (sólo se acoge la regulación de consumidores “en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”), en ocasiones, se ha suavizado el criterio cuando ante la producción de un daño desproporcionado o bien, claramente relacionado con las acciones u omisiones del profesional; pero sin poder afirmar la existencia de reacción de causalidad, admitiéndose la posibilidad de utilizar como criterio de imputación un cierto grado de incertidumbre, el cual minorará el quantum indemnizatorio en términos probabilísticos.

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

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

### 3. Conclusiones

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

1. La responsabilidad del profesional del dentista (y del médico) es la de poner a disposición del paciente todos los medios a su alcance para conseguir un resultado que no puede garantizarse. Los riesgos del tratamiento son diferentes para cada paciente, puesto que existe variabilidad individual.

2. La obligación del profesional es poner a disposición del paciente los medios

a. Informar al paciente de modo que le permita consentir o rechazar una determinada intervención.

b. Llevar a cabo los tratamientos previstos para la patología de que se trate, con arreglo a Lex artis.

c. Aplicar las técnicas diagnósticas y terapéuticas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias individuales del paciente y los riesgos propios de cada intervención.

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

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

5. Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido. Sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida, según la evolución jurisprudencial que ha habido en cuanto a la obligación de resultado.

6. Los Tribunales, por lo general, rechazan la aplicación de la legislación de consumo en responsabilidad sanitaria, admitiéndola únicamente en incumplimientos o falta de diligencia en cuanto a los procesos organizativos del centro sanitario; pero este rechazo actualmente va matizándose: va siendo aceptada la idea de que la asistencia dental puede ser considerada un contrato de consumo, y ello se traduce en dos aspectos muy importantes: por un lado, el foro y por otro, la consideración de una auténtica vinculación del contrato dental y del contrato de crédito vinculado a éste, por cuanto se acepta por los tribunales. En primer lugar, el foro del consumidor, el foro electivo del demandante, se

acepta para ejercer las acciones tanto contractuales como extracontractuales por parte del perjudicado (paciente/cliente/consumidor), y por otra parte, en cuanto a los créditos vinculados a la financiación de los tratamientos, la propia legislación reconoce una vinculación tal entre el contrato de asistencia dental y el contrato de crédito al consumo para financiación del anterior, que incumpléndose el primero y bajo ciertas premisas, el segundo queda sin causa, pudiendo el cliente resolver el primero y extinguir el segundo, recuperando el dinero abonado de más, si ese fuera el caso.

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

#### Bibliografía

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

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

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

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

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

Jiménez Horwitz, M. "La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)". ADC. 2012; LXV(fasc. II): 551-584.

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

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

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

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

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

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

## INTERSECCIONALIDAD: LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Clara López Sánchez  
Carol Vilaseca García  
Jazmín Serrano Japa

RESUMEN: Todas las personas deberíamos tener los mismos derechos, pero en la realidad no tenemos las mismas oportunidades de acceder a ellos. La desigualdad afecta en las oportunidades que tenemos los seres humanos de acceder a recursos para defender y reclamar nuestros derechos como personas, y se manifiesta socialmente a través de las discriminaciones. El concepto de interseccionalidad viene referido a la discriminación múltiple que sufren las mujeres, bien por el hecho de ser mujeres sumándole los motivos de raza, etnia, orientación sexual, discapacidad, etc. La convergencia de los estereotipos aumenta la probabilidad de sufrir una situación de discriminación. Si a esta explotación y dominación de la mujer añadimos las características de raza y etnia que podemos tener como seres humanos encontramos la interseccionalidad. Siendo la discriminación por el mero hecho de ser una mujer inmigrante. La interseccionalidad permite entender situaciones de opresión, de privilegio y de derechos humanos en todas partes del mundo. El hacer frente a esta realidad nos permitirá tener mayor condición de igualdad de género y a la vez contar con los mismos derechos y obligaciones. En 1977 por el grupo Combahee River, por Spelman en 1983, Moraga y Anzaldúa, Ángela Davis y Bell Hooks en 1981 fue apareciendo el término. Oficialmente se consagró en una publicación científica en 1989 por Kimberlé Crenshaw, abogada y activista. La idea de la interseccionalidad parte desde una concepción género y de raza. Kimberlé Crenshaw abre camino al debate sobre el doble vínculo al que se enfrenta las víctimas de prejuicios raciales y de género simultáneamente. Empezó a utilizar este término para confrontar el hecho de que muchos de los problemas de justicia social como el racismo o el sexismo, a veces se solapan, creando múltiples niveles de injusticia social (discriminación). Patricia Hill Collins, socióloga estadounidense y profesora en la Universidad de Maryland, en su rueda de la interseccionalidad clarifica a modo de ejemplo algunos de los tipos de discriminación más usuales que puedes existir y se pueden converger entre sí. En esta rueda, se identifica un eje horizontal (eje de desigualdad), que separa la parte superior, donde se encontrarían aquellos factores que ofrecen privilegios, aquellas personas cuyas condiciones son consideradas socialmente bien aceptadas, y por tanto gozan de acceder más fácilmente a los derechos universales. En el cine podemos encontrar ejemplos que nos sirven para analizar desde diferentes relaciones la interseccionalidad. Es impresionante como la discriminación, la desigualdad, la opresión ha venido afectando e impactando de una u otra manera en gran escala a las mujeres. La interseccionalidad también queda recogida en la Declaración de Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la ONU de 1993. Por otra parte, según el comunicado de prensa de la Dirección General de Comunicación México se expone que: La Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), María del Rosario Piedra Ibarra, manifestó su preocupación por el recrudecimiento de la desigualdad, discriminación y violencia en contra de las mujeres y niñas. La discriminación es aquella distinción, exclusión, rechazo o restricción

La interseccionalidad nos ayuda a ver como personas de diferente religión, color de piel, etnia, discapacidad, etc. sufren estas opresiones y no gozan de los mismos privilegios que las demás personas. Las consecuencias más directas de esta discriminación son la privación de derechos, la perturbación o la amenaza. A nivel psicológico, afecta en que la persona que la sufre, pueda distanciarse o desvincularse de sus grupos de referencia. Para aplicar la interseccionalidad en nuestra práctica profesional tenemos que tomar otro enfoque del acceso a nuestros derechos y oportunidades, viendo la erradicación de la discriminación como lo principal. Gracias a la rueda de interseccionalidad de Patricia Hill, obtenemos a modo de ejemplo muchos de los factores que pueden intervenir a la hora de generar diferentes tipos de discriminación. La importancia de investigar y conocer sobre la interseccionalidad permite identificar de manera razonable como la intersección de las distribuciones sociales (género, economía, sexualidad, educación, raza, nacionalidad, clase o discapacidad) genera situaciones de discriminación compleja y a la vez comprender como es que se reproducen y mantienen en el nivel estructural, político y discursivo.

**PALABRAS CLAVE:** Interseccionalidad, Mujer, Discriminación múltiple, Perspectiva de género, Estereotipos, Derechos, Derechos Humanos, Derechos Universales, Declaración de Eliminación de la Violencia contra la Mujer, ONU, Igualdad, Oportunidades, Normas sociales, Privilegios, Desigualdad, Origen estructural, Erradicación, Comportamiento social, Derechos fundamentales, Educación, Trabajo social, Salud, Motivos raciales, Motivos religiosos, Condición física, Orientación sexual, Raza, Etnia, Orientación sexual, Discapacidad, Castigo, Violencia, Explotación, Color de piel, Andocentrismo, Sociedad patriarcal, Opresión, Mujer inmigrante, Interseccionalidad estructural, Interseccionalidad política, Problemas de justicia, Injusticia social, Racismo, Sexismo, Rueda de interseccionalidad, Amor, Roma, Psicología, Práctica profesional, Praxis, Kimberlé Crenshaw, Combahee River, Spelman, Moraga y Anzaldúa, Ángela Davis, Bell Hooks, Patricia Hill Collins, Ulrich Seidl, Alfonso Cuarón, María del Rosario Piedra Ibarra.

### *1. Introducción*

Todas las personas deberíamos tener los mismos derechos pero en la realidad no tenemos las mismas oportunidades de acceder a ellos. Hay personas que simplemente por las normas sociales establecidas tienen más privilegios que otras, por ello podemos decir que la desigualdad tiene un origen estructural. La desigualdad afecta en las oportunidades que tenemos los seres humanos de acceder a recursos para defender y reclamar nuestros derechos como personas, y se manifiesta socialmente a través de las discriminaciones. Es decir, la discriminación es un comportamiento social que alimenta la desigualdad, tratando a ciertas personas o colectivos de manera inferior a otras y por tanto privando del acceso a derechos fundamentales como la educación, el trabajo o la salud por motivos raciales, religiosos, de condición física, orientación sexual.

## *2. Concepto de interseccionalidad.*

El concepto de interseccionalidad viene referido a la discriminación múltiple que sufren las mujeres, bien por el hecho de ser mujeres sumándole los motivos de raza, etnia, orientación sexual, discapacidad, etc. (Pardo, s.f., p.17).

En este sentido la interseccionalidad o discriminación múltiple es un tipo de dicha discriminación, se refiere a aquella condición en la que la combinación de dos o más factores, generan o aumentan la situación de discriminación. Por ejemplo, en el ámbito laboral, si bien en muchos aspectos existe discriminación hacia la mujer, si además está mujer tiene algún tipo de discapacidad, estos dos factores (ser mujer y la discapacidad), la pondrían en una situación más vulnerable a sufrir discriminación, simplemente por su condición.

La convergencia de los estereotipos aumenta la probabilidad de sufrir una situación de discriminación. Es por esto, que desde una visión feminista, la interseccionalidad pretende dar lugar a aquellas discriminaciones que sufren las mujeres, teniendo en cuenta otros tipos de estereotipos o factores que pesan sobre cada una de ellas, en su condición y que pueden agravar esa discriminación. Por ejemplo, una mujer española, tiene probabilidades de sufrir discriminación por una razón de género, una mujer africana en España, además de sufrir discriminación por razón de género también sufrirá discriminación racial.

Así, viviendo en una sociedad patriarcal en la que rige por el androcentrismo como pensamiento general, el hombre se mantiene en la escala jerárquica como un ser superior donde la mujer es meramente inferior y le es imposible llegar a ese escalón de dicha escala en la que se encuentra dominándola y explotándola, esta explotación es tomada como costumbre pues ha sido impuesta por nuestra historia: la mujer sumisa al hombre y atendiéndole y cuidándole para que nos proteja y nos traiga el sustento a casa. Pues bien, si a esta explotación y dominación de la mujer añadimos las características de raza y etnia que podemos tener como seres humanos encontramos la interseccionalidad. Siendo la discriminación por el mero hecho de ser una mujer inmigrante.

Enfrentar un hecho que ha generado por muchos años discriminación, castigo, violencia y dominación en las mujeres. Esto significa que “la interseccionalidad permite entender situaciones de opresión, de privilegio y de derechos humanos en todas partes del mundo. Nos ayuda a construir planteamientos en favor de una igualdad sustantiva a partir de historias de mujeres o de estudios de casos de colectividades (mujeres que hablan o escriben desde la experiencia de sus identidades específicas y la intersección de las mismas) (...) Además nos permite ver que el reclamo de las mujeres a favor de la igualdad de derechos no es la expresión egoísta de cierto sector que sólo busca promover sus propios intereses, sino que es fundamental para que los derechos humanos plenos, como promesa, pasen a ser una realidad para todos” (Bach, 2014, p. 48).

El hacer frente a esta realidad nos permitirá tener mayor condición de igualdad de género y a la vez contar con los mismos derechos y obligaciones.

### *3. Origen del término.*

Ya en 1977 por el grupo Combahee River, por Spelman en 1983, Moraga y Anzaldúa, Ángela Davis y Bell Hooks en 1981 fue apareciendo el término, siendo materia de análisis, pero oficialmente se consagró en una publicación científica en 1989 por Kimberlé Crenshaw, abogada y activista. La autora analiza la interseccionalidad desde diferentes enfoques: interseccionalidad estructural y política (Expósito Molina, 2012, p. 34).

La idea de la interseccionalidad parte desde una concepción género y de raza. Kimberlé Crenshaw, abogada afroestadounidense, fue la mujer que acuñó el término en 1989 abriendo un camino al debate sobre el doble vínculo al que se enfrenta las víctimas de prejuicios raciales y de género simultáneamente. “Hace muchos años comencé a usar el término interseccionalidad para abordar el hecho de que muchos de nuestros problemas de justicia social, como el racismo y el sexismo, a menudo se superponen creando múltiples niveles de injusticia social” (Kimberlé, s.f.).

Empezó a utilizar este término para confrontar «el hecho de que muchos de los problemas de justicia social como el racismo o el sexismo, a veces se solapan, creando múltiples niveles de injusticia social» (discriminación) (Andrés, s.f.). La finalidad del término fue para poner en evidencia la doble discriminación que sufren las mujeres afroamericanas que viven en estados Unidos y dar lugar a la idea de que las personas no solo pueden sufrir discriminación por una única razón, sino que puede existir una convergencia entre más de un factor que genera una situación de discriminación mayor. De esta manera, dio un nombre a dicho problema, que conllevó a su visibilización y, por tanto, a poder construir una solución acertada, para no caer en el error de trabajar desde una discriminación parcial, intensificando así la percepción de la discriminación sufrida real. Tal y como Kimberlé citó en una de sus charlas «si no se puede ver un problema, no se puede solucionar».

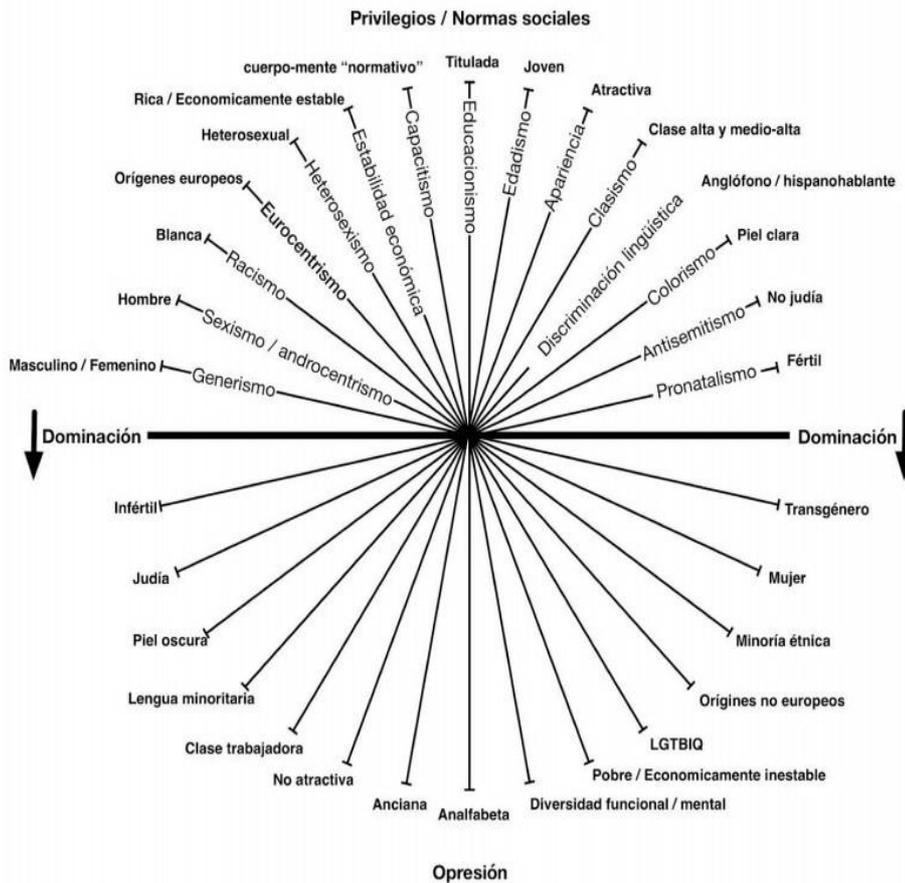
Por lo tanto este término de la interseccionalidad fue de gran importancia porque permitió indicar “de qué manera la raza y el género, interactuando, conforman las múltiples dimensiones de desventajas que definen las experiencias de las mujeres negras en los Estados Unidos” (Barbera, 2017, p. 193).

### *4. Tipos de interseccionalidad.*

Lejos de todo lo que acontece, es necesario estudiarlas, comprenderlas, e identificarlas y hacer un contraste de la gravedad y por tal cuando veamos una opresión seamos pioneros de denuncia.

Patricia Hill Collins, socióloga estadounidense y profesora en la Universidad de Maryland, en su rueda de la interseccionalidad clarifica a modo de ejemplo algunos de los tipos de discriminación más usuales que puedes existir y se pueden converger entre sí.

## La interseccionalidad



Rueda de la interseccionalidad de Patricia Hill Collins (Extraída de la Universidad Internacional de Valencia)

En esta rueda, se identifica un eje horizontal (eje de desigualdad), que separa la parte superior, donde se encontrarían aquellos factores que ofrecen privilegios, aquellas personas cuyas condiciones son consideradas socialmente bien aceptadas, y por tanto gozan de acceder más fácilmente a los derechos universales. En contraposición, en la parte inferior del eje, se encontrarían los factores, estereotipos o caracteres opuestos a los de la parte superior, y que por tanto, definirían a aquellas personas que sufren opresión o discriminación.

En cuanto a algunos ejemplos que se pueden acontecer son los siguientes:

- En sociedades sexistas o androcentristas, pertenecer al género masculino supone unos privilegios y derechos superiores a la mujer, generando así una opresión de esta segunda que debe seguir las normas establecidas por hombres y el rol que le pertoca como mujer sin capacidad de decisión.
- El racismo influye en cuanto a los privilegios sociales, laborales, judiciales... que tienen las personas blancas frente a las personas que pertenecen a una minoría étnica.
- El mismo caso encontramos en sociedades o colectivos heterocentristas, donde se discrimina al colectivo LGTBIQ, por no seguir la normal social aceptada, en este caso la heterosexualidad.
- La apariencia física, es otro ejemplo claro de discriminación en varios ámbitos. Por ejemplo, para poder optar a un puesto de trabajo, en muchas ocasiones se da privilegio a aquellas personas atractivas antes que a las que lo son menos.
- La estabilidad económica sería otro factor que también influye directamente sobre el acceso a los derechos. Es mucho más fácil acceder a recursos desde una posición adinerada, que una persona o familia empobrecida.

En la investigación de “Feminicidios con perspectiva de género. Un análisis interseccional de thefall (caza)” de Peláez (2017), se señaló que, para Collins (1990) mediante su matriz de dominación se establece que los diferentes ejes o tipos de interseccionalidad son: apariencia atractivo según las normas estéticas occidentales, clase social baja, media, alta, crédito prestigio en el entorno laboral y social, diversidad funcional independiente o con algún tipo de discapacidad, edad joven/viejo, en edad productiva o no, etnia/raza, identidad de género cisgénero, transgénero, idioma, nacionalidad, nivel cultural, orientación sexual heterosexual, bisexual, homosexual, profesión cualificada, no cualificada y rol de género femenino, masculino (p.186).

En el cine podemos encontrar ejemplos que nos sirven para analizar desde diferentes relaciones la interseccionalidad. Ejemplo de ello puede ser la película Amor dirigida por Ulrich Seidl, se rodó en 2012 en Austria, Alemania y Kenia, esta película es la que abre la trilogía de Paraísos de este director. Este film trata sobre una mujer austriaca de 50 años que viaja de vacaciones a Kenia, la perspectiva interseccional se alcanza con la explotación sexual. La dominación que ejerce la protagonista, mujer blanca, sobre los africanos, hombres negros, para que a través del dinero canaliza la frustración y la soledad que siente haciendo que sean sus prostitutos y ellos subordinándose a 4 las órdenes de la protagonista encubriendo la explotación sexual en amor romántico.

Otro ejemplo que podemos tomar es la película Roma del director Alfonso Cuarón, una película mexicana lanzada en 2018. Encontramos una estructura social patriarcal en la que la protagonista es una empleada de hogar que se encuentra subordinada a los señores de la casa para la que trabaja e irradia claramente la jerarquía estamental quedando patentes las desigualdades que vive por motivo de clase y etnia.

Estos son algunos de los tipos de discriminación recogidos e ilustrados por Patricia Hill en su rueda de la interseccionalidad. Lo que se extrae de ella, son los diversos factores, estereotipos, características o rasgos que pueden generar mayor o menor aceptación social y que por tanto generan una desigualdad entre personas, pudiendo así unir y converger unos con otros, estableciendo una discriminación u opresión mayor en algunos casos.

##### *5.El impacto de la interseccionalidad en la vida de las personas.*

Es impresionante como la discriminación, la desigualdad, la opresión ha venido afectando e impactando de una u otra manera en gran escala a las mujeres. En cuanto a la investigación de Repensando las violencias contra las mujeres: Una mirada interseccional desde el Trabajo Social, se señala que:

“La interseccionalidad también queda recogida en la Declaración de Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la ONU de 1993, preocupada por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo: las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las mujeres mayores y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a las violencias” (García, 2017).

Por otra parte, según el comunicado de prensa de la Dirección General de Comunicación México se expone que:

“La Presidenta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), María del Rosario Piedra Ibarra, manifestó su preocupación por el recrudecimiento de la desigualdad, discriminación y violencia en contra de las mujeres y niñas y llamó a las autoridades, organizaciones de la sociedad civil y a la población en general, a redoblar esfuerzos para salvaguardar su vida, libertad, dignidad y justicia” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2020).

Por lo tanto, la discriminación hacia las mujeres es algo latente en nuestra sociedad y, a mayor escala, para aquellas mujeres que provienen de otros países buscando un futuro y calidad de vida mejor que la que tenían. La discriminación es aquella distinción, exclusión, rechazo o restricción. Realizada por el estado o por los individuos que genera desigualdad entre las personas, por razones tales como: la raza o la etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideológica, la religión, el sexo, la orientación sexual, la apariencia, la discapacidad... Es decir, discriminar es tratar injustamente a alguien por el mero hecho de pertenecer a un grupo social distinto, basado en prejuicios o valoraciones negativas.

Asimismo, además de la discriminación y desigualdad que sufren, en general, se encuentran con desigualdades provocadas por otras mujeres en razón de las

diferencias por la clase social, que, como mencionábamos en anteriores preguntas, es debido al sistema patriarcal que impera en nuestra sociedad.

Por ello, la interseccionalidad nos ayuda a ver como personas de diferente religión, color de piel, etnia, discapacidad, etc. sufren estas opresiones y no gozan de los mismos privilegios que las demás personas. Son estas 5 características las que llegan a afectar al entorno y, más allá, las comunidades de personas, instituciones, etc.

Sin embargo, las consecuencias más directas de esta discriminación son la privación de derechos, la perturbación o la amenaza. Es decir, la discriminación genera una agresión en contra de la persona que la sufre y esta violencia puede encontrarse en diferentes ámbitos (social, laboral, judicial...)

A nivel psicológico, afecta en que la persona que la sufre, pueda distanciarse o desvincularse de sus grupos de referencia, rechazando así una parte de sí mismo y crenado un conflicto de identidad propia, puede afectar a su autoestima y generar sentimientos de tristeza, desolación ira y temor a ser agredido.

En el caso de la interseccionalidad, esta discriminación no se da por una simple condición o factor, sino que se da por la interacción de múltiples factores en una misma persona. Esto hace que la violencia o agresiones sufridas sean el doble. La discriminación en estos casos se hace más aguda y las consecuencias sufridas por tanto tienen un riesgo mayor.

En casos más graves, tal y como explica Kimberlé en sus charlas, se ha llegado a asesinar en EEUU por razón de género y de raza. Además de estas consecuencias fatales, la no visibilización de este tipo de discriminación múltiple hace mucho más difícil identificar el problema y por tanto trabajar para generar soluciones acertadas a esta discriminación social. Hay que visibilizar este concepto para rechazar así cualquier tipo de discriminación o acción violenta que suponga de un coste humano.

Y es que a pesar de estar en pleno siglo XXI aún se sigue visualizando diariamente situaciones complejas en cada rincón como en la familia, barrio, amigos, etc., afectando y agravando su autoestima, estabilidad emocional, comportamiento, rendimiento académico, rendimiento laboral, salud mental entre otros, por ello no debemos de comprimir esfuerzos para ayudar a enfrentar, reducir y prevenir este problema que no sólo está afectando a la víctima que lo padece sino a todos/as en general.

#### *6.La detección de los ejes de desigualdad. ¿Mejora la praxis profesional y el abordaje de los casos?*

Para aplicar la interseccionalidad en nuestra práctica profesional tenemos que tomar otro enfoque del acceso a nuestros derechos y oportunidades, viendo la

erradicación de la discriminación como lo principal. Tenemos que analizar tratando de ver como determinadas políticas y prácticas disponen las vidas de las personas que están sufriendo la desigualdad, diferenciándolas, de aquellas que no se encuentran bajo las mismas circunstancias. Resulta evidente que aplicada la interseccionalidad podemos lograr un análisis más profundo en las capacidades de la persona, tomando un enfoque interdisciplinar para así abordar la problemática desde varias áreas y no de manera unilateral que solo nos lleva al etiquetamiento de la persona.

Efectivamente, ha sido de mucha ayuda la detección de los ejes de desigualdad para mejorar la práctica profesional y la carga de casos, ya que nos han permitido identificar vulnerabilidades en todo el contexto que se ha venido generando violencia, así mismo a crear conciencia para que exista una sociedad más inclusiva y para que las políticas conozcan la diversidad y la pluralidad de identidades. Según Barbera (2017) explica que:

“Partiendo de un enfoque deconstruccionista, la interseccionalidad permite entender el posicionamiento social como un lugar de subjetivación, poder y privilegio que cambia dinámicamente a lo largo del tiempo y en los distintos contextos sociopolíticos en relación con las diferentes estructuras sociales y representaciones discursivas que conforman las relaciones sociales” (p. 194).

Partiendo desde un enfoque psicológico y teniendo en cuenta estos factores de desigualdad, se podría identificar de manera más clara cuales son las barreras o dificultades que sufren cada una de las mujeres en casos específicos y así lograr buscar recursos que lleguen a abordar todas las esferas necesarias para su recuperación social y emocional.

Desde esta perspectiva, el trabajo psicológico va muy enfocado a poder ayudarlas a superar la discriminación sufrida por ser mujer. Por eso se considera que, la detección de los diferentes ejes de desigualdad que pueden habitar en cada persona, así como la interacción entre estos ejes, que generan una discriminación aún mayor puede ayudar a la persona profesional tanto a entender mejor la situación específica de cada mujer, como para buscar y ofrecer los recursos necesarios para cada una de ellas.

Teniendo en cuenta estos factores de desigualdad, se podrá identificar de manera más clara cuales son las barreras o dificultades que sufren cada una de las mujeres en sus casos específicos y así se podrá buscar recursos y ofrecer una ayuda mucho más específica y concreta para cada una de ellas, llegando así a abordar todas las esferas necesarias para su recuperación social y emocional.

Por ello se hace necesario realizar un estudio previo de la situación de cada mujer, su entorno, trabajo, familia, grupo social, rango económico, consumo de tóxicos, cultura o religión etc. Esto podrá ayudar en la praxis profesional a identificar los distintos tipos de vulnerabilidad habitada en cada persona, y así preparar un plan de intervención mucho más personalizado.

De igual modo, añadir que gracias a la rueda de interseccionalidad de Patricia Hill, obtenemos a modo de ejemplo muchos de los factores que pueden intervenir a la hora de generar diferentes tipos de discriminación, pero no son los únicos que existen, por lo que se hace necesario realizar una mirada más amplia y tener en cuenta cualquier factor que pueda influir. Otros factores que se pueden añadir y puede generar más vulnerabilidad por ejemplo podría ser; mujeres reclusas o ex-reclusas, la prostitución, ser madre dentro del ámbito laboral...

### *7. Conclusiones.*

El concepto de interseccionalidad dio un nombre a un tipo de discriminación mayor que es sufrida por muchos colectivos y personas. Gracias a la tipificación de este tipo de discriminación, ahora se tiene la posibilidad de conocerla, expandirla y buscar soluciones acordes a ella.

Como se ha citado anteriormente, al ser una discriminación doble, también existen unas consecuencias que pueden ser mayores sobre las personas que sufren una doble o triple discriminación. Es un problema de justicia social, ya que los factores que afectan a la discriminación son constructos sociales, creados por nosotros mismos. Por ello, para mitigar las posibles consecuencias y el impacto negativo sufrido en la vida y la salud de este tipo de colectivos más vulnerables, somos la misma sociedad que ha creado estos ejes de desigualdad, lo encargados de trabajar para erradicar cualquier tipo de discriminación y opresión. La integración actual requiere que afrontemos las vulnerabilidades interseccionales.

La importancia de investigar y conocer sobre la interseccionalidad permite identificar de manera razonable como la intersección de las distribuciones sociales (género, economía, sexualidad, educación, raza, nacionalidad, clase o discapacidad) genera situaciones de discriminación compleja y a la vez comprender como es que se reproducen y mantienen en el nivel estructural, político y discursivo.

La igualdad de género pondrá un alto al atropello de mujeres donde los derechos y obligaciones siguen siendo limitados por una sociedad con pensamiento a base de estereotipos, prejuicios y discriminaciones.

La interseccionalidad viene creada del conocimiento de una mujer de raza negra que sufre una doble discriminación: por ser mujer y por ser negra. Como método a aplicar la interseccionalidad es compleja puesto que nuestras instituciones están segmentadas por colectivos y la interseccionalidad no entiende de este tipo de formaciones, si no de ahondar en el análisis de la no discriminación y la no desigualdad del ser humano, sin tener que ver las condiciones de raza, sexo, orientación sexual, capacidades diferentes, religión, etc. y desde una visión interdisciplinar, para así hacer efectiva la implantación de la igualdad en la sociedad. Para ayudar a la aplicación de la interseccionalidad de una manera global, desde la Unión Europea podrían lanzar unas políticas sociales destinadas a las personas que sufren este tipo de desigualdad por el hecho de nacer en

lugares no considerados “ricos” o de “nuevo mundo”. Así como forjar alianzas y pactos con los diferentes estados y países para lograr una implantación y mejora a nivel mundial. Los profesionales en nuestra práctica tenemos que aplicar todos los recursos que tenemos a nuestro alcance, reconociendo la diversidad existente y enriqueciendo de ella, tanto a nosotros mismos como a nuestro entorno, reflexionar y hacer conocer la interseccionalidad para que se pueda aplicar por el máximo número de personas e intentar ir erradicando, paso a paso, la discriminación y desigualdad que sufren las mujeres inmigrantes en nuestro país así como en el resto del mundo.

### Bibliografía

Andrés, M. (s.f.). “Pensar la interseccionalidad en el mundo del trabajo”, *Género y trabajo*. Recuperado de: Pensar la interseccionalidad en el mundo del trabajo – GROW (generoytrabajo.com).

Asociación para los Derechos de la Mujer y el Desarrollo, AWID (2004) Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Genero y derecho*, No. 9, agosto 2004. Recuperado de: [https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad\\_-\\_una\\_herramienta\\_para\\_la\\_justicia\\_de\\_genero\\_y\\_la\\_justicia\\_economica.pdf](https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf)

Bach, A.M. (2014). Fertilidad de las epistemologías feministas. Artículo: *Sapere Aude* – Belo Horizonte, v.5 – n. 9, pp. 38-56.

Barbera, M. C. (2017). “Interseccionalidad”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, 191-198.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (06 de Marzo de 2020). CNDH México. Obtenido de Recrudescimiento de la desigualdad, discriminación y violencia en contra de mujeres y niñas: [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-03/COM\\_2020\\_073.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-03/COM_2020_073.pdf)

Crenshaw Williams, K. [TED Women]. (Octubre 2016). “La urgencia de la interseccionalidad”. Recuperado de: [https://www.ted.com/talks/kimberle\\_crenshaw\\_the\\_urgency\\_of\\_intersectionality?language=es](https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=es)

Crenshaw Williams, K. [formación mzc]. (Febrero 2019). “¿Qué es la interseccionalidad?” Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=hBalHmM3ow>

Crenshaw Williams, K. [National Association of Independent Schools (NAIS)]. (Junio 2018). “Kimberlé Crenshaw: What is Intersectionality?” Recuperado de: [https://www.youtube.com/watch?v=ViDtnfQ9FHc&ab\\_channel=NationalAssociationofIndependentSchools%28NAIS%29](https://www.youtube.com/watch?v=ViDtnfQ9FHc&ab_channel=NationalAssociationofIndependentSchools%28NAIS%29)

Collins, Patricia Hill (1990), “Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment”, *Unwin Hyman*, Boston.

Cruells López, M. (2015). “La interseccionalidad política: tipos y factores de entrada en la agenda política, jurídica y de los movimientos sociales”. *Institut de Govern i Politiques Públiques de la Universitat Autònoma de Barcelona*.

Expósito Molina, C. (2012). “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”. Universidad de Barcelona.

García, N. S. (20 de Diciembre de 2017). “Repensando las violencias contra las mujeres: Una mirada interseccional desde el Trabajo Social.” Obtenido de

<https://www.universidadviu.es/repensando-las-violencias-las-mujeres-una-mirada-interseccional-desde-trabajo-social/>

Fundación Paz Ciudadanía (s.f.). ¿Cuáles son los efectos de la discriminación? Chile. Recuperado de: <https://pazeduc.cl/wp-content/uploads/2017/01/Cu%C3%A1les-son-los-efectos-de-la-discriminaci%C3%B3n.pdf>

La Barbera, M.C. (2017). Interseccionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 12, abril- septiembre 2017.

Pardo, V. (s.f.). "Clarificación conceptual de la violencia en las relaciones de pareja: definición, tipos, factores de riesgo y consecuencias". *Máster en Intervención en Interdisciplinar en violencia de Género*. Universidad Internacional de Valencia (p. 17).

Peláez, D. A. (2017). "Feminicidios con perspectiva de género: un análisis interseccional de The fall (La caza)". *Investigaciones Feministas*, pp. 183-201.

Symington, A. (2004). "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica". *Awid*, pp. 1-8. Obtenido de Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica.

Viveros, M. (2016). "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación". *Debates feministas*, p. 52.

## FAMILIA, CASA, COMUNIDAD Y COMPAÑÍA DE COMERCIO (SIGLOS XVIII-XIX)

### FAMILY, HOUSE, COMMUNITY AND TRADE COMPANY (18TH- 19TH CENTURIES)

Jesús Jimeno-Borrero<sup>1</sup>

RESUMEN: El presente trabajo desarrolla el estudio de la constitución de sociedades mercantiles por los miembros de una misma familia. La incorporación familiar al mundo de los negocios utilizaba generalmente la fórmula jurídica de la sociedad mercantil, siguiendo un proceso instructivo iniciado con los conocimientos básicos de contabilidad y la práctica comercial como factor. La constitución de sociedad por menores se hacía bajo una serie de restricciones jurídicas como la exigencia de aportar una licencia paterno-filial y el principio del beneficio de la *restitutio in integrum*.

PALABRAS CLAVE: trabajo, familia, negocios, comercio.

ABSTRACT: The present work develops the study of the establishment of commercial companies by the members of the same family. The incorporation of the family into the business world generally used the legal formula of the commercial company, following an instructive process initiated with the basic knowledge of accounting and commercial practice as a factor. The creation of a company by minors was made under a set of legal restrictions such as the requirement to provide with a parental license and the principle of the benefit of *restitutio in integrum*.

KEY WORDS: work, family, business, trade.

#### 1.A modo de introducción.

“La historia es la vida, la estructura del Derecho”; Pio Caroni afirma este axioma en su reconocida obra *La soledad del Historiador del Derecho*. Es la literatura en su sentido estético y en su sentido científico una aproximación que enriquece la biblioteca del jurista. No puede desecharse la riqueza que nos ofrece la Antropología, la Historia, el Derecho, la Literatura para la consecución de un discurso que nos permita construir un discurso que alcance la unicidad y el sistema, aun asumiendo que reconstrucción iushistórica es siempre incertezas e infortunio como certeramente señala Delphine de Vigan en su celeberrima *Nada se opone a la noche*. La enorme hazaña que supone reconstruir un tiempo cuyo

---

<sup>1</sup> Abogado y Doctor en Derecho con mención internacional (Universidad Carlos III de Madrid). Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público I y Ciencia Política (Universidad Rey Juan Carlos). Profesor Sustituto Interino del área de Derecho Constitucional (Universidad de Huelva). Email; jimeno Borrero@gmail.com. Orcid; <https://orcid.org/0000-0002-8267-4038>.

conocimiento nos ha sido legado por documentos y vestigios dispersos donde el historiador del Derecho intenta contar la infancia de unos menores de edad que constituyeron algunas sociedades junto a sus familiares. ¿Puede escribirse un artículo mediante una “narración objetiva, omnisciente y todopoderosa” sobre unos hombres de comercio que hace ya algunos siglos acordaron unas sociedades mercantiles?:

“Pero ¿Qué me había imaginado? ¿Qué podría contar la infancia de Lucile mediante una narración objetiva, omnisciente y todopoderosa? ¿Qué me bastaría con hacer una criba del material que me habían entregado y elegir, como si fuese a la compra? ¿Con qué derecho? Quizá esperaba que, de esa extraña sustancia, se desprendiese una verdad. Pero la verdad no existe. No tenía más que fragmentos dispersos y el mismo hecho de ordenarlos constituía ya una ficción. Escribiese lo que escribiese, entraría en el terreno de la fábula. ¿Cómo me había imaginado, aunque fuese un solo instante, poder hacer inventario de la vida de Lucile? ¿Qué buscaba en el fondo, si no era acercarme al dolor de mi madre, explorar sus contornos, sus pliegues secretos, la sombra que arrastraba? El dolor de Lucile formó parte de nuestra infancia y más tarde de nuestra vida adulta, el dolor de Lucile sin duda nos forjó, a mi hermana y a mí. Sin embargo, toda tentativa de explicación está condenada al fracaso. Por tanto, debería conformarme con escribir restos, fragmentos, hipótesis. La escritura es impotente. Como mucho permite plantear preguntas e interrogar a la memoria”<sup>2</sup>.

¿Cuál es realmente la labor del historiador del Derecho? El historiador del Derecho puede y debe hacer hablar a los documentos; interpretar al fin y al cabo. Pero entre la verdad del documento, de las fuentes, el simple hecho de reconstruir supone una ficción en sí misma por muy certera en la elección de las fuentes y en la elección del vocabulario y del lenguaje jurídico que se haya podido ser. Toda reconstrucción es ficción y principalmente impotencia. Cuestión diversa es que el historiador del derecho pretenda y cumpla con su objetivo de aproximarse de la forma más fehaciente posible a las fuentes que discriminadamente dispone o criba. Y que en definitiva obre el milagro de hacer hablar a los documentos; que los interprete.

Es lo que se pretende alcanzar humildemente este artículo. Exponer y aproximarse al vínculo entre la familia, una familia extensa – yernos, suegros, sobrinos – y la forma jurídico-mercantil de la compañía de comercio. El análisis se centra en la ciudad de Sevilla desde una perspectiva histórico-jurídica sobre la que he investigado durante varios años, aunque se analiza otros supuestos como las familias ayamontinas de Manuel Rivero y Antonio Trianes, significativos hombres del comercio gaditano que comerciaron asiduamente con las Indias Occidentales y también compara los resultados de otros trabajos que han estudiado las redes comerciales familiares en diversas plazas de comercio en el siglo XVIII como Valencia, Bilbao o Cádiz, de gran valor esta última en cuanto al comercio con América.

---

<sup>2</sup> Delphine de Vigan, *Nada se opone a la noche*, Anagrama, pp. 41-42.

Además, este trabajo de investigación se aproxima a aquellos elementos que afectan a la compañía de comercio en su vertiente familiar como la integración de la prole en el mundo de los negocios y correlativamente la formación que debían procurarle, el tipo de construcción donde debía residir la casa familiar y de comercio, el modo de resolver las cuestiones litigiosas, generalmente bajo la forma del arbitraje societario, y por último, las cuestiones ligadas a la responsabilidad patrimonial de los socios, donde los pactos societarios incidían en la salvaguarda del patrimonio familiar de las posibles deudas contraídas frente a terceros.

Para ello se ha utilizado como fuente documental principal diferentes contratos de sociedad hallados en el Archivo Histórico de Sevilla (Sección Protocolos) y se ha revisado la bibliografía sobre las cuestiones analizadas. Los contratos de compañía de comercio han sido transcritos intentando respetar la caligrafía original. Por otra parte, la fuente documental no ha sido la única utilizada, sino que también se ha enriquecido esta investigación con la opinión de los autores mercantilistas más importantes de la época. También se han analizado y se han incorporado las leyes coetáneas al período estudiado con el fin último de reconstruir lo más fiel posible un tiempo pretérito ajeno a la realidad comercial de hoy en día.

## 2. Familia, Casa, Comunidad.

“Y deseando subsitan dichas casas en mis descendientes y con el apellido de Trianes, es mi voluntad que luego que yo fallezca se valuen por ynteligentes y por la mitad de su valor se les dé a cualesquiera de mis hijos, prefiriendo el maior, a quien desde luego lego y mando en la forma que puedo y por derecho me sea permitido dicho medio valor de casa”<sup>3</sup>.

Apellido, casa, herencia, familia. El testamento de Antonio Trianes y Centeno – y del comercio con Cádiz – reúne en sí los valores primarios de la sociedad del siglo XVIII. La casa entendida en su doble concepción; casa de familia y casa de familia señala la prosperidad y el engrandecimiento de la familia ayamontina de los Trianes, ricos comerciantes acostumbrados al comercio con las Indias, actividad que, a pesar de su hidalguía, Antonio Trianes continúa<sup>4</sup>.

Antonio Trianes, emparentado por vía matrimonial con su suegro Manuel Rivero, quien lega además de los recursos y los efectos suficientes para continuar y proseguir el mercadeo y los negocios, la huella de unos principios adquiridos de la cultura del *ius mercatorum*; caridad religiosa – en el caso de Manuel Rivero su devoción a la Virgen del Carmen y en el caso de Antonio Trianes a la onubense hermandad del Nazareno a la que lega una capilla en el

<sup>3</sup> David González Cruz, *Familia y educación en la Huelva del siglo XVIII*, Huelva, Universidad de Huelva, 1996, p. 35.

<sup>4</sup> Nuevamente David González Cruz, *Familia y educación...*, p. 35. Sobre esta cuestión ya nos expresamos previamente en Jesús Jimeno-Borrero, “Documentos para una historia mercantil: compañías mercantiles sevillanas en la segunda mitad del siglo XVIII”, en *Revista Aequitas; Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 17, 2021, pp. 159-198.

antiguo Convento de la Victoria, amor y afecto entre mercaderes, el general repudio entre comerciantes a las justicias monárquicas y el gusto por la actual solución extrajudicial de controversias como el arbitraje.

Asimismo, el conocido comerciante ayamontino lega otras claves necesarias para comprender la mentalidad de la época; los conocimientos mercantiles, la cultura de la correspondencia epistolar y el proceder recto por los familiares y los criados o subordinados que, a decir de los documentos, Antonio Trianes consigue, como prueba el testamento de Diego Soltera, capataz de una hacienda de Antonio Trianes, que delega a éste por la “grande satisfacción y confianza” que tiene de dicho señor, cuando fallezca “se esté y pase por lo que diga, me resta, resulte estarle yo deviendo, pues no dudo de su christiano proceder”<sup>5</sup>.

Alguna prueba tenemos que Antonio Trianes, iniciado en el mundo de los negocios por su suegro e incorporado a la sociedad mercantil de la familia Rivero en 1751, adquiere la significativa construcción a D. Antonio Buttler debido a su valor noble y a la suntuosidad de su nueva posición, sin olvidar los consejos epistolares de su suegro quien recomienda a los familiares más cercanos que los “amigos” sean tan grandes como puede serlo la casa<sup>6</sup>. Cotrugli sugiere en su celeberrimo para la época *Libro dell'arte di mercatura* las particularidades que ha de presentar la casa de comercio y de familia; escritorio y almacén separado, proximidad a los lugares de negociación y encuentros de comerciantes y la “prestancia exigida por la imagen pública del mercader”. La arquitectura dieciochesca de Cádiz representa fielmente la delimitación teórica de Cotrugli<sup>7</sup>.

Pero la formación profesional más importante para la prole, el familiar menor de edad, es la paulatina incorporación a los negocios y a la compañía de comercio, en un primer momento temporal, como factor de la sociedad familiar, y posteriormente como socio de pleno derecho de esta forma jurídica.

La sociedad mercantil se revela como un artefacto jurídico que anexiona en sí misma su categoría de contrato de derecho que reglamenta y gestiona los bienes y deudas familiares, pero que también se desdobra en su vertiente societaria, restringiendo los supuestos de responsabilidad patrimonial por deudas de los socios, atribuyendo el uso de la firma y solidificando progresivamente la

<sup>5</sup> Sobre el gusto de Manuel Rivero por la religiosidad popular y la caridad cristiana se encuentran testimonios en Alfonso Pleguezuelo Hernández, *Manuel Rivero. Los encargos artísticos de un mercader andaluz del siglo XVIII*, Huelva, Diputación, 2005, pp. 86-88. El testamento de Diego de Soltera, David González Cruz, *Familia y educación...*, pp. 84-85. En cuanto a los elementos de la sociedad del *lus Mercatorum* nos remitimos a la obra de Carlos Petit, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, principalmente pp. 59-63. Sobre el rechazo de las justicias monárquicas por parte de la comunidad comerciante; Jesús Jimeno-Borrero, “Arbitraje de compañías sevillanas”, en *Baetica: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, nº 39, 2019, pp. 301-320.

<sup>6</sup> David González Cruz, *Familia y educación...*, p. 35, y Alfonso Pleguezuelo Hernández, *Manuel Rivero...*, pp. 86-89.

<sup>7</sup> Victoria Eugenia Martínez del Cerro González se articula un interesante trabajo sobre la construcción de viviendas por parte de los comerciantes vascos y navarros afincados comercialmente en el Cádiz de la Carrera a Indias; *Una comunidad de comerciantes: navarros y vascos en Cádiz (segunda mitad del siglo XVIII)*, Sevilla, Consejo Económico y Social, 2006, pp. 116-124, y Manuel Bustos Rodríguez, *Los comerciantes de la Carrera de Indias en el Cádiz del siglo XVIII (1713-1775)*, Cádiz, Diputación Provincial, 1995, pp. 122ss.

incorporación de los menores –hermanos, sobrinos, yernos, etc.,- de la familia a la rama mercantil<sup>8</sup>.

La familia en su comprensión de familia dilatada que posibilita el ascenso y la promoción de los allegados a la misma. Ante la ausencia de linaje directo que continúe la labor comercial de la casa, como es el caso de la familia de Tomás Ruiz de Apodaca, donde el primogénito no prosigue los negocios paternos, alistándose en la armada y haciendo carrera militar como Capitán de Navío en la Orden de Carlos III. Sin embargo, su primo, Antonio López de Letona, se decanta por las actividades comerciales y forma parte como factor y socio de la sociedad constituida previamente por su tío<sup>9</sup>.

Esta dinámica social puede extrapolarse a otras realidades locales como Valencia, donde la comunidad genovesa prioriza a la familia, generalmente sobrinos, para su desempeño como industriales en un primer momento y como socios posteriormente<sup>10</sup>.

Otros contratos prueban la intensa relación entre el vínculo matrimonial y el contrato de compañía de comercio. Una intensa relación de interés para ambas partes ya que la casa comercial, ante la negativa del hijo acomodado por vía paterna en alguna profesión de mayor abolengo, encontrará una natural prolongación en la dirección del yerno deseoso a menudo de prosperar en los negocios mercantiles, mientras que la nueva familia política del compañero-yerno vehicula en el matrimonio una oportunidad para liberar económicamente la carga que suponía la alimentación, la educación y la dote de las hijas. El Cádiz del siglo XVIII muestra un rico repertorio de compañías comerciales constituidas en la parte subjetiva por yernos, regularmente miembros de la misma comunidad a la que pertenecía la familia política, como las casas comerciales Roque y Gaspar Aguado Cía y Aguado Guruceta Hermanos dentro de la familia Aguado, o la descendencia de Antonio Ramírez Ortuño que suma cuatro generaciones de yernos continuadores de las actividades comerciales de la familia política<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Agustín Guimerá Ravina observa esta fórmula en su estudio sobre la incorporación de la comunidad irlandesa al comercio tinerfeño del siglo XVIII, ejemplificado en la incorporación de Bernardo Walsh a la casa comercial de su hermano; *Burguesía extranjera y comercio atlántico. La empresa comercial irlandesa en Canarias (1703-1771)*, Tenerife, Consejería de Cultura y Deportes, 1985, pp. 61ss.

<sup>9</sup> Victoria E. Martínez del Cerro, *Una comunidad de comerciantes*, pp. 98-99.

<sup>10</sup> Ricardo Franch Benavent muestra numerosos ejemplos como Antonio Causa, quien facilita el asentamiento de sus sobrinos Juan Bautista y Juan Causa y que a su vez acomodan en su casa comercial en condición de factor a su sobrino Juan Bautista Batifora; “El papel de los extranjeros en las actividades artesanales y comerciales del mediterráneo español durante la Edad Moderna”, en Actas del Primer Coloquio Internacional “Los Extranjeros en la España Moderna”, Málaga 2003, Tomo I, pp. 39-71.

<sup>11</sup> Victoria Martínez del Cerro, *Una comunidad de comerciantes*, pp. 99 y 147-148. En Bilbao, Francisco de Gallaga y Joaquina Manuela de Smith y Weldon contraen matrimonio, aportando aquél en concepto de dote la formalización del contrato de sociedad. En el contrato matrimonial Lorenzo de Landázuri y María Josefa de Bekvelt y Croce se acuerda la entrega en concepto de dote de catorce mil ducados que quedan en poder de los suegros “para que resulte en mayor beneficio de la compañía que manejan”; Carlos Petit, *Historia del Derecho*, p. 63. Esta cuestión ya fue expuesta en Jesús Jimeno-Borrero, “Documentos para una historia mercantil: compañías

Un agudo sentimiento nacional y una fuerte endogamia profieren el comercio de los siglos XVIII y XIX. Como si se tratase de círculos emocionales que crecen en tamaño y en el sentimiento de pertenencia a la comunidad o reino que modula y empapa los negocios mercantiles de este período histórico. En Sevilla, el contrato de Juan Bautista y Gabriel Vento demuestra ese proceder en la integración de las negociaciones a la familia y al lugar de origen; la comunidad genovesa. La compañía consolida un acuerdo un pacto desigual en la partición de pérdidas y ganancias, imputándoles la situación más favorable al socio de mayor capacidad negociadora, pero que al mismo tiempo interesa la integración en el comercio sevillano a sus familiares y socios:

“Lo primero se declara que el fondo principal de que se compone esta compañía son ciento, y quarenta y cinco mill Reales de Plata de â diez, y seis quartos de Vellon cada uno en dinero efectivo mercaderias Vales, y ditas que todo existe en poder de mi el referido D. Gabriel Vento, y consta de los Libros de Caxa para el gobierno, y manejo de la Compañía que antes se intitulaba bajo del propio nombre y quenta tengo, y quedan en mi poder por lo que del dicho dinero, mercaderias, y demas efectos que componen dicha Cantidad en las mismas especies [...]. Declaramos que los ciento quarenta, y cinco mill Reales de Plata de â diez, y seis quartos de Vellon cada uno tocan, y pertenesen en esta forma: Los cinquenta, y cinco mill Reales de Plata de ellos al referido D. Juan Baptista Vento, sessenta, y cinco mill Reales de Plata a mi el dicho D. Gabriel Vento, y los veinte, y cinco mill restantes â Don Phelipe Juan Andres Vento Hijo de mi el expressado Don Gabriel, y sobrino del referido D. Juan Baptista Vento, quien se los separó de la mitad que le pertenecia en el fondo principal de la compañía que formamos, y establecimos por Escripura Publica ante el presente Escribano Publico en dies y seis de Junio del año de mill setecientos treinta, y nueve para que fuere Caudal del nominado Don Phelipe mi Hijo, y su Sobrino, y de quien su derecho representare. Esta compañía es, y se forma a perdidas ô ganancias y que si huviere perdidas an de ser por mitad de quenta de ambas partes igualmente, y si huviere ganancias se an de repartir en veinte, y quatro partes â saber: las once dellas para el dicho D. Juan Baptista Vento, otras once para mi el referido Don Gabriel Vento, y las dos restantes para el expresado Don Phelipe Juan Andres Vento estas dos para el mismo destino, que el principal que le separó el dicho Don Juan Baptista Vento su tio dandoseme como se me asigna y señala a mi el nominado Don Juan Baptista Vallarino en cada uno de los cinco años de esta compañía ciento, y cinquenta Pessos Escudados de Plata de a ciento veinte, y ocho quartos cada uno por razon del trabajo, ocupacion, y asistencia que ê tenido desde que se principio estas compañía, y ê de tener de Cajero durante ella en su Cassa, y Dependencias pero si me separare de esta asistencia â de cesar la dicha asignacion, y entonces queda â eleccion de mi el dicho Don Gabriel el recibir si lo necesitare otro Cajero señalandole el Salario que tuviere por conventiente previniendo, como prevengo yo el referido Don Juan Baptista Vallarino que aya ô no ganancias en el tiempo de esta compañía seme an de satisfacer de su Caudal los dichos ciento, y

---

mercantiles sevillanas en la segunda mitad del siglo XVIII”, en Revista Aequitas; Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones, nº 17, 2021, pp. 159-198.

cinquenta Pessos en cada un año dandoseme a demas Cassa de comer, y ropa limpia como se explica en la citada traducida Carta que antes va inserta”<sup>12</sup>.

Esta realidad social reguló los pactos propios del derecho mercantil y también del civil, la constitución de sociedades donde se desenvuelve con naturalidad esta familia amplia – suegros, yernos, sobrinos, hijas – que dispone de irregulares pactos ajenos a la igualdad del capital encuentra un contrapeso en la disposición patrimonial de la familia; la constitución de sociedades por menores de edad –hecho jurídico de indudable naturaleza mercantil– se mediatiza por los supuestos civiles que limitan los pactos dispositivos del patrimonio de la unidad familiar y de la propia casa<sup>13</sup>.

El contrato de sociedad mercantil es el vehículo jurídico que aprueba la unión en el mismo documento de las estipulaciones contractuales y la gestión de la casa comercial y familiar, sin que se revele fundamental la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes y de la compañía de comercio.

Dos formas jurídicas diversas que refieren las Partidas (Partida 3, Tít. 18, Ley 40) cuando establecen las formas de posesión de los bienes; “por razón de heredamiento, o de compañía, o de otra manera [...]”. La doctrina de los siglos XVI y XVII centra las diferencias entre una y otra institución en la forma en la que se aporta al capital social y la proporcionalidad entre aquél y el reparto de los beneficios<sup>14</sup>.

La doctrina de los siglos XVIII y XIX se esfuerza en delimitar ambas instituciones, haciendo recaer la principal semejanza en el consentimiento que obligatoriamente debe prestarse a la constitución de la compañía de comercio. El reconocido jurista francés Jean Marie Pardessus rehúsa la condición societaria de los supuestos de comunidad o copropiedad que no tienen su origen en el *consensus* proyectado para el contrato de compañía. Son los casos de

<sup>12</sup> Juan Baptista y Gabriel Vento, Archivo Histórico Provincial de Sevilla (en adelante AHPS), legajo 1341, fols. 178-182, Sevilla, 1753.

<sup>13</sup> Desde las leyes de Partidas, los bienes pueden ser catalogados como profecticios, aquellos generados y obtenidos con los bienes del progenitor que ostentaba la patria potestad y la titularidad y el usufructo de los bienes obtenidos por el hijo en la práctica del comercio; o bienes adventicios, que es la masa patrimonial compuesta por lo obtenido por vías distintas a la paterna, incluyendo la herencia materna, la donación procedente de extraños o ascendientes por vía femenina y los frutos de su propio trabajo o de su fortuna y que son propiedad del hijo, mientras que el padre solo dispone de un derecho de administración y usufructo vitalicio. Otra posibilidad ya en el período codificador del siglo XIX se centra en la interpretación del rendimiento generado por la compañía de comercio, pudiendo integrarse ésta en los dos grupos explicados anteriormente o como un bien cuasicastrenses, como hizo el proyecto de Código de Civil de 1836 (art. 417) respecto del origen de determinados bienes obtenidos por el hijo mayor de dieciocho años como director de un establecimiento agrícola, industrial o comercial y que le atribuye al menor de veinticinco años el pleno goce y dominio. Sobre esta cuestión ampliamente Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Entre Ordenamientos y Códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2009, pp. 512-533.

<sup>14</sup> Un análisis doctrinal societario de este período histórico encontramos en Martínez Gijón, *Historia del derecho mercantil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, pp. 377ss, y Alberto García Ulecia, “Las condiciones de licitud de la compañía mercantil en Castilla bajo el derecho común”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, núm. 7, 1980, pp. 39-94.

“deux ou plusieurs enfants, héritiers d’un marchand, ne sont pas associés, o les créanciers d’un failli” que estarán obligados para constituir una “veritable société a une pertie de leurs bénéfices dans une caisse commune”<sup>15</sup>.

Otro autor del siglo XIX, Vicente y Caravantes en la línea de lo descrito por J. M. Pardessus reconoce la existencia de dos diversas voluntades que deslindan la naturaleza de la compañía de comercio de la comunidad de bienes. El consentimiento de la compañía de comercio se origina en la previa disposición de los socios que en virtud del principio de *intuitus personarum*, mutua y recíprocamente se reconocen y se eligen como tales, mientras que en la comunidad de bienes los comuneros acceden a su posición jurídica por circunstancias ajenas a su propia voluntad<sup>16</sup>.

Un ejemplo paradigmático de la confusión de ambas instituciones contractuales se halla en la herencia del comerciante, donde independientemente de la naturaleza mercantil que componga la masa yacente, la constitución en compañía de comercio requiere la exteriorización de un nuevo *consensus*. Un ejemplo de este tipo de sociedades comerciales encontramos en el contrato de la Viuda de Arambillague y Richards, donde los bienes, provenientes de la causa yacente, son obligados por la viuda y heredera en el otorgamiento de la escritura de sociedad que promueve junto con el antiguo consocio de su difunto marido<sup>17</sup>.

La simple incorporación de los comerciantes menores de edad y de la rama familiar no debe hacer pensar en un accesible régimen de incorporación a la actividad comercial y a la constitución de compañías mercantiles, la legislación nacional desde los tiempos pretéritos hasta los siglos XVIII y XIX consolidó un sistema de exclusiones y limitaciones entre los que también estaban los menores de edad.

### 3. Limitaciones a la responsabilidad patrimonial de los socios menores de edad.

La difícil línea que separa la materia civil de la mercantil, ya estudiada en algunos aspectos como la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil y la comunidad de bienes, encuentra especial acomodo en el establecimiento de la mayoría de edad que –con independencia de su regulación expresa en el Código de Comercio de 1829 y en las disposiciones de comercio previas al momento codificador– no deja de ser una materia de clara relevancia civil y también en los

<sup>15</sup> Jean M. Pardessus, *Cours du droit commercial*, tomo II, sexta edición, Bruselas (Bélgica), Librairie de Jurisprudence de H. Tarliere, 1836, núm. 969, pp. 475-476.

<sup>16</sup> José Vicente y Caravantes, *Código de Comercio*, Madrid, Imprenta de D. S. Omaña, 1850, pp. 102-103.

<sup>17</sup> Viuda de Arambillague y Richards, AHPS, legajo 6549, fols. 503-505, Sevilla, 1826: “Que yo el referido D. Guillermo Richards tube establecida compañía de comercio en esta Ciudad con el nominado D. Luis Arambillague bajo el título y firma de Arambillague y Richards hasta que habiendo ocurrido el fallecimiento del mencionado D. Luis motivo porque se dió fin á la explicada compañía y por nos ambos otorgantes se procedió á formalizar el competente balance é imventario de todos los bienes cadudal efectos y otras cosas [...] de cuya operación resultó tener igual fondo ó parte cada uno de los dos interesados en la mencionada compañía; en vista de lo qual determinados posteriormente ambos otorgantes el formar de nuevo compañía de Comercio con los mismos fondos é igual porcion de la anteriormente citada para tenerla en el giro y tráfico y negociación de todas las Mercaderías, Ropas y Mercaderías”.

efectos patrimoniales que afectan propiamente a los bienes de la familia, ajena al contrato mercantil.

La mayoría de edad en el derecho histórico español se fija generalmente a la edad de veinticinco años. El derecho de Partidas retoma el criterio romano y repone la edad alterada en el Fuero Juzgo a la edad citada<sup>18</sup>. Esta regla establecida de forma general en el derecho español es seguida por el Código de Comercio de 1829 para poder comerciar libremente, sin embargo, sufre diferentes cambios en los diferentes proyectos de Código Civil del siglo XIX. El Proyecto de Código Civil de 1821 establece la edad para salir de la patria potestad del hijo varón en veinte años, mientras que para la mujer se mantiene en los veinticinco años<sup>19</sup>. El Proyecto de Código Civil de 1836 fija el acceso a la mayoría de edad para uno y otro sexo en los veinticinco años retornando a la idea tradicional del derecho histórico:

“Las épocas de la vida humana se clasifican por la ley del modo siguiente: la infancia dura desde el nacimiento hasta los siete años; continúa la edad pupilar hasta los dieciséis años para los varones y catorce para las hembras; siguiendo la menor edad hasta los veinticinco años cumplidos, así para los varones como para las hembras, en que empieza la mayoría” (art. 18).

Mayor novedad presenta el Proyecto de Código Civil de 1851 que, fundando esta idea en diferentes antecedentes legislativos como el Fuero Juzgo y el derecho aragonés, establece para ambos sexos la mayoría de edad en los veinte años, siendo objeto de importantes críticas por parte de diferentes Audiencias Provinciales y de la Universidad de Barcelona<sup>20</sup>.

La laguna jurídica sobre las condiciones en las que puede un menor acordar o contratar –mediante la fórmula jurídica de la compañía de comercio– ocasiona que la atención se preste de forma casi exclusiva a los requisitos para la práctica del comercio.

El Código de Comercio de 1829 establece un sistema dual; por un lado, establece la edad para ejercer libremente el comercio en los veinticinco años como se desprende tácitamente de la ordenación codificadora, y por otra parte, autoriza el ejercicio del comercio al hijo de familia mayor de veinte años, supeditado a cuatro importantes requisitos:

“Se permite ejercer el comercio al hijo de familias mayor de veinte años que acredite concurrir en él las circunstancias siguientes. 1. Que haya sido emancipado legalmente. 2. Que tenga peculio propio. 3. Que haya sido habilitado para la administración de sus bienes en la forma prescrita por

<sup>18</sup> *Leyes de Partidas* (Partida 4, Título 1, Ley 6).

<sup>19</sup> *Proyecto de Código Civil de 1821*, art. 63: “La edad para salir de la potestad patria por emancipación es la de veinte o veinticinco años en ambos sexos, según se dispone en el título 2º, del libro 2º de este Código”. Cita textual del artículo tomada de Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Entre Ordenamientos y Códigos...*, p. 522.

<sup>20</sup> *Proyecto de Código Civil de 1851*, art.142: “Las personas de ambos sexos que no han cumplido veinte años, son menores de edad”; y art. 276: “La mayor edad comienza a los veinte años cumplidos”. Sobre las críticas recibidas por este proyecto; Manuel A. Bermejo Castrillo, *Entre Ordenamientos y Códigos...*, pp. 529-530.

las leyes comunes. 4. Que haga renuncia solemne y formal del beneficio de la restitución, que concede la ley civil á los menores, obligándose con juramento á no reclamarlo en los negocios mercantiles que haga” (art. 4)<sup>21</sup>.

El artículo del Código de Comercio elaborado por Pedro Sainz de Andino se desentiende de la práctica mercantil previa que se había reducido a tolerar la constitución de sociedades comerciales al hijo menor siempre y cuando contara con licencia paternofilial, sin que se exija en términos estrictos la precisa licencia judicial que acarrearía la libre administración de los bienes.

Algunos contratos consultados muestran la simple aprobación paterna a través de la licencia expresa para este negocio jurídico y que cuenta con presencia física del progenitor. Es el supuesto del otorgamiento de la administración singular de la sociedad de José B. Rodríguez a su hijo José M. Rodríguez, tras un período probatorio temporal que se salda con éxito<sup>22</sup>. Y del contrato de sociedad De la Cerda / Sánchez, donde no se acuerda poder revocatorio alguno, ni otros pactos que limiten la voluntad del socio menor de edad:

“En nombre y voz de Don José de la Cerda, mi hermano, vecino y del Comercio de la Villa de Fregenal de la Sierra, y en virtud del poder que me otorgó ante Don Antonio de Soto, Escribano de S.M. Publico del Numero y Juzgado de ella en treinta de mayo de este año, que una copia de él, autorizada por el mismo original aquí se incorpora, y es como sigue: aquí la copia del poder. Jurando yo el otro Don Mariano de la Cerda del poder que ha incorporado que en debida forma acepto y declaro y aseguro que no me está suspenso revocado ni limitado de la una parte, y de la otra Don Mariano Juan Sánchez, vecino de esta Ciudad en la Collación de el Salvador, y representación de Don Juan Nepomuceno Sánchez, mi hijo menor y ambos otorgantes de un acuerdo y conformidad Decimos: que el Don José de la Cerda, y el Mariano Juan Sánchez con otra representación, por Escritura que otorgaron en el día de doce de mayo de

<sup>21</sup> La comparación con el sistema ordenado por el *Code de Commerce* francés permite observar que el Código de Sainz de Andino eleva los requisitos para que el menor pueda comerciar; principalmente el peculio propio y la renuncia formal a la *restitutio in integrum*, elementos que serán objeto de críticas por parte de la voces doctrinales mercantiles de la época. *Code de commerce 1807*, art. 3: “Tout mineur émancipé de l’un et de l’autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l’article 487 du Code Napoléon, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, 1<sup>o</sup> s’il n’a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence de père, ou, á défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil, 2<sup>o</sup> si en outre, l’acte d’autorisation n’a été en registré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile”.

<sup>22</sup> Otorgamiento de Administración Josef B. Rodriguez á su hijo Josef M. Rodriguez, AHPS, legajo 3828, fol. 225, Sevilla, 1819: “[...] acompañando a su hijo de estado soltero, en la edad de veinte, y tres años y precedida la Licencia que ante mi dió el expresado D. Jose Bernardo á el D. Manuel su hijo, para lo que se dirá y aceptada el susodicho ambos de mancomun. Que el primero había establecido en unas casas de su propiedad, una tienda de Paños que permanece ha tiempo de dos años y medio. Que en ella situó y estableció á el D. Jose Manuel a quien entregó su cuidado manejo y administracion. Que el resultado ha sido muy conforme a sus esperanzas y a la conducta que ha observado en su hijo. Que le dá y concede la Administracion de la expresada negociacion y compañía por el tiempo y espacio de tres años”.

este año de la Escritura ante el presente Escribano publico. Sentaron Compañía a mitad a perdidas, y ganancias en el giro de comercio de una tienda de Mercancias y Quincalla, establecida en la Villa de Fregenal por quatro años desde primero de mayo del presenta de la otra en adelante en el modo y forma, y bajo los capítulos y circunstancias que expresa la citada escritura a que nos remitimos, y habiendo padecido equivocación en ella, solo en quanto a la pertenencia de los fondos de otra Compañía hemos resuelto aclarar este punto para evitación confusiones, y litigios en lo sucesivo, desde luego por la presente Carta, y en la via y forma que haya lugar, y a mi del citado Don José de la Cerda y del otro menor Don Juan Nepomuceno Sanchez, representado por el referido su padre. Otorgamos y declaramos que mi Don José de la Cerda, ni el Don Mariano Juan Sanchez, ni el citado su hijo, han puesto ni tienen particularmente fondo alguno para la Compañía que han sentado de dicha tienda de Merceria, Quincalla y Lencería de la villa de Fregenal, pues los fondos que ay, y hayan resultado hasta fin de Abril de este año, en el mismo establecimiento, son respectivos a el giro que hasta entonces había en de y los o fuesen apareceran liquidada que sea la Cuenta hasta aquel dia bien sea de aquellas existencias en su especie o reducidas a dinero, y su importe será destinado para pagar así los creditos que se contrajeron para poder surtir la tienda, y para que permaneciese con crédito”<sup>23</sup>.

Ahora bien, no puede extraerse ninguna conclusión que nos haga pensar que esta licencia o poder aportada por el padre signifiquen de forma taxativa la presencia de un poder general para la administración de sus propios bienes.

El precepto del Código de Comercio debe incardinarse en la ordenación del proceso codificador, donde el Proyecto de Ordenanzas del Consulado de Comercio de Málaga de 1828 otorga la catalogación de comerciantes a las “mujeres habilitadas por las leyes y los menores que hayan obtenido la competente habilitación judicial para administrar sus bienes pueden ser comerciantes y como tales están sujetos a todo lo dispuesto en estas ordenanzas” (art. 449).

El Proyecto de Código Civil de 1821 dicta los veinte años para la salida de la patria potestad y la libre disposición de los bienes propios, la misma edad que el Código de Sainz de Andino, aunque se sujeta a la producción de alguna circunstancia para adelantar la terminación de la patria potestad. Cuestión esencial para este trabajo es la sistemática para obtener el beneficio de la emancipación del Rey, con intervención gubernamental, aun sin contar con la conformidad paterna, siempre que concurra una justa causa, como la “conducta arreglada del hijo”, que adicionalmente se extendía, entre otras posibilidades, a la dirección de un establecimiento industrial o comercial<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> De la Cerda / Sánchez, AHPS, legajo 1948, fol. 1013, Sevilla, 1821.

<sup>24</sup> *Proyecto de Código Civil de 1821*, art. 382: “El hijo varón mayor de veinte años puede solicitar y obtener del Rey con justa causa la emancipación aunque los padres no consientan en ella”; y art. 383: “1. Es justa causa para la emancipación de que habla el artículo anterior la conducta arreglada del hijo, teniendo al mismo tiempo conocida habilidad para dirigir una labranza u otro establecimiento industrial, o si fuese sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir sin

La escritura de separación de la compañía Ramón y é Eugenio de Lara, Hermanos, datada en 1810, refiere la presencia de una doble licencia; paterna y judicial, solicitada y concedida esta última por el hijo ante el “señor juez competente”. Aunque esta doble licencia no debe desvirtuar una interpretación a favor de la emancipación y la libre disposición patrimonial del socio menor de edad, debido a que en la propia escritura el padre refiere expresamente su condición de “legítimo administrador de su persona y bienes”<sup>25</sup>.

La imposición de gozar de la plena disposición patrimonial del menor de edad para poder obtener la condición de comerciante parece contradecir el propio mandato de la ley fernandina de delimitar aquellos actos que el mayor de veinte años puede realizar, autorizando explícitamente la posibilidad de hipotecar los bienes inmuebles para responder por las obligaciones contraídas<sup>26</sup>.

Alejandro de Bacardí fundamenta esta aparente contradicción del Código de Comercio en la naturaleza jurídica de los actos, debido a que el menor puede contratar, transigir e hipotecar sus bienes por tratarse de un hecho mercantil, “mas no venderlos, por no tratarse de un acto mercantil, por lo que no se haya autorizado para hacerlo y tampoco puede darlos en pago, ni enajenarlos por título alguno”<sup>27</sup>.

Sin embargo, el Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Real hace expresa mención al supuesto de los menores que se introducen en el comercio a través de la compañía de comercio, pudiendo éstos, si gozan de la autorización plena de los tutores y de la licencia judicial para la administración de los bienes, disponer de todos los actos jurídicos que atañen a sus bienes, sin que se encuentren sujetos a limitación alguna<sup>28</sup>.

El proyecto *non nato* de Código de Comercio se asemeja al antecedente

---

el auxilio de los padres. 2. El Gobierno, para conceder la emancipación se asegurará de la justa causa con que se pide por medio de un expediente instructivo, actuado por el Jefe político de la provincia”. En este sentido, Manuel A. Bermejo Castrillo, *Entre Ordenamientos y Códigos...*, pp. 523-524.

<sup>25</sup> Separación de Ramón y é Eugenio de Lara, Hermanos, AHPS, legajo 6530, fols. 737-738, Sevilla, 1810: “Eugenio de Lara y Figueroa, de estado casado, Hijo Lexitimo del Mencionado D. Eugenio de Lara y de Doña Micaela de Figueroa su primera y difunta muger y Político de la enunciada Doña Vicenta Garay también vecino de esta referia Ciudad [...], y decimos que por la de nos los expresados Marido y Muger por la de D. Ramon de Lara y Figueroa de estado soltero menor de edad nuestro Hijo lexitimo y Político respectivamente con licencia de mi el referido D. Eugenio de Lara y á virtud de la Judicial que le fue consedida por Señor Juez competente á el que p<sup>a</sup> la celebracion de este Ynstrumento lo represento yo el referido D. Eugenio de Lara como padre y lexitimo Administrador de su Persona y bienes, y por la de mi el expresado D. Eugenio de Lara y Figueroa tambien con Licencia del susodicho y en uso de las referida Judicial por ser entonces soltero y menor se otorgo Escrá”.

<sup>26</sup> *Código de Comercio 1829*, art. 6: “Tanto el menor de veinte y cinco años, como la muger casada, comerciantes, pueden hipotecar los bienes inmuebles de su pertenencia para seguridad de las obligaciones que contraigan como comerciantes”.

<sup>27</sup> Alejandro de Bacardí, *Tratado de derecho...*, p. 32.

<sup>28</sup> *Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Real 1828*, art. 13: “Ni los de los menores, excepto los que se deriven del comercio de sus padres, y consistan en efectos de comercio mismo. Si los menores, con intervención de sus tutores o curadores, y con aprobación judicial, fuesen admitidos por socios en alguna compañía mercantil, tendrán las mismas obligaciones y derechos que los mayores de edad”.

francés que contempla sin limitaciones la admisión de que los menores ejecuten todos los negocios que afecten a su patrimonio; empeñar, hipotecar, e incluso, enajenar los bienes siempre que se respeten las formalidades prescritas por el art. 457 del *Code Napoleon*<sup>29</sup>.

Frente al silencio general que despierta en la doctrina coetánea mercantil el requisito de la plena disposición patrimonial, el peculio propio originó mayores reacciones. Vicente y Caravantes se manifiesta a favor del tenor del legislador fernandino, porque interpreta que es aplicable con carácter exclusivo a aquellos contratos que requieran de un concreto "capital material", es decir, de bienes o derechos patrimoniales, sin que extienda sus efectos a los negocios que emplean un saber o capital de industria<sup>30</sup>.

González Huebra, jurista de mayor relevancia mercantil de este período, se opone al requisito de tener peculio propio, porque considera que esta regla se debería aplicar indistintamente a los mayores y menores de edad; "no habiendo de constar sus bienes más que en el libro de inventarios que no puede ser sino en caso de quiebra o después de su muerte"<sup>31</sup>.

Sin valorar el principio de *restitutio in integrum*, voluntariamente deslizado a la parte final de este trabajo, interesa ahora adentrarse en una cuestión concreta que relaciona la forma jurídica de la sociedad mercantil y la minoría de edad. Nos referimos a la entrada de un menor en la parte subjetiva de la compañía de comercio, ya sea en sustitución de un progenitor o mediante el acuerdo con algún socio. Los anteriores autores se vuelven a manifestar en sentidos opuestos; por una parte, Vicente y Caravantes considera que la minoría de edad no es suficiente razón para que no pueda producirse de forma efectiva la continuación de la compañía<sup>32</sup>.

Por otra parte, González Huebra considera que el artículo 329.4 del Código de Comercio faculta la disolución por cualquier causa que produzca la inhabilitación de un socio y que el nuevo compañero menor no puede prestar ni los servicios, ni la caución, ni la responsabilidad de su causante, conllevando este hecho la liquidación de la compañía para la que deberá valerse de los oportunos "guardadores"<sup>33</sup>.

El beneficio de la *restitutio in integrum* debe su nacimiento al derecho romano influenciado por el derecho natural para revertir aquellas situaciones que pudieran ser consideradas injustas en aplicación de la ley<sup>34</sup>. Esta institución se

<sup>29</sup> *Code de Commerce 1807*, art. 6: "Les mineurs marchands, autorisés comme il est dit ci-dessus, peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles. Ils peuvent même les aliéner, mais en suivant les formalités prescrites par les articles 457 et suivants du Code Napoléon".

<sup>30</sup> Vicente y Caravantes, *Código de Comercio...*, pp. 20-21.

<sup>31</sup> González Huebra, *Curso de derecho mercantil...*, pp. 25-26.

<sup>32</sup> Vicente y Caravantes, *Código de Comercio...*, pp. 143-144.

<sup>33</sup> González Huebra, *Curso de derecho mercantil...*, p. 206.

<sup>34</sup> Jorge de Salas Murillo, "La "restitutio in integrum" en la historia y en el "Código de Derecho Canónico" de 1983", en *Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1986, pp. 235-294.

transfiere posteriormente al derecho eclesiástico y se introduce en las diferentes ramas del derecho; civil, mercantil.

El *ius mercatorum* tradicionalmente meditado e influenciado por las fuentes privatistas de raíz religiosa aportan una definición de la *restitutio in integrum*:

“Lo quarto, que para dezir juntamente quien peca contra este mandamiento con obligacion de restituyr, y quien sin ella, cumple tratar de la restitucion antes de las preguntas: y primeramente, que cosa es: y hablando mas clara, breue y profundamente que los otros dezimos, que restitucion, como en esta materia se toma, es obra de la justicia comutativa, con que se buelue lo suyo a su dueño, o se paga, o contenta el acreedor de vida, salud, espiritual, o corporal, de honrra, fama, o hazienda. Diximos (obra de la justicia) por que las de gracia y cortesía, con que bueluen, y dan muchas cosas vnos a otros sin obligacion de justicia, por amor, charidad, misericordia, o agradescimiento, hospedando, combidando, haziendo presentes, y mercedes, o seruios gratuitos, no son restituciones”<sup>35</sup>.

Las leyes de Partidas reconocen el derecho de los menores de veinte y cinco años a constituir sociedades mercantiles, pero no les otorga plena capacidad jurídica para contratar por lo que durante este plazo temporal tienen derecho al goce de la *restitutio in integrum*.

Un derecho que se consolida en el derecho castellano hasta la llegada de la codificación mercantil cuando el principio de la *restitutio in integrum* es incorporado al texto de Sainz de Andino con el fin último de su expresa renuncia en materia de constitución de compañías por menores<sup>36</sup>, aunque la propia ley fernandina revierta este intento de su eliminación en otros preceptos de su articulado como en la liquidación de sociedades, donde la aprobación de la cuenta final requiere la intervención de un tutor o curador en representación del menor, actuando como si se tratara de negocios propios, porque en caso contrario estarían sujetos al “beneficio de restitución”, incumpléndose lo preceptuado por el Código de Comercio<sup>37</sup>.

Supone este intento de eliminación del derecho de la restitución íntegra una ruptura con el derecho previo a la codificación mercantil o, por el contrario, supone la transcripción literal de una práctica asentada en el derecho consuetudinario de sociedades. El contrato de Pedro Ortiz y Compañía,

<sup>35</sup> Martín de Azpilcueta, Manual de Confesores y Penitentes, manejamos la edición de La Escuela de Salamanca. Una Colección Digital de Fuentes. Recuperado en <https://id.salamanca.school/texts/W0002:17.2.2?format=html> (Consultado por última vez el 18 de enero de 2020).

<sup>36</sup> Código de Comercio 1829, art. 4: “[...] 4. Que haga renuncia solemne y formal del beneficio de la restitución, que concede la ley civil á los menores, obligándose con juramento á no reclamarlo en los negocios mercantiles que haga”.

<sup>37</sup> Código de Comercio 1829, art. 346: “En las liquidaciones de las sociedades de comercio en que tengan interes los menores, procederán sus tutores y curadores con plenitud de facultades, como si obrasen en negocios propios, y serán válidos é irrevocables, sin sujeción á beneficio de restitución, todos los actos que otorguen y consientan á nombre de sus pupilos, sin perjuicio de la responsabilidad que contraigan con respecto á sus menores por haber obrado con dolo ó negligencia culpable”.

acordado en el último año del siglo XVIII, parece dar respuesta a esta cuestión, ya que el menor Pedro Ortiz, menor de veinte y cuatro años, hombre de industria que intitula la sociedad renuncia expresamente al principio de la *restitutio* y se conforma cuando cumpla la mayoría de edad a no reclamar las pérdidas en las que pudiera incurrir la compañía:

“Que yo el citado D. Pedro con la edad de veinte y quatro años sin tomar estado hecho y que su padre ausente sin contradecirlo, y notoria la utilidad que de esta compañía se le sigue y que la liberalidad del D. Vicente le ha proporcionado de la que resulta á aquel su conocido y grande beneficio por estas razones durante el tiempo de su menor edad ni después de cumplido, y entrado en los veinte y cinco años no dirá de lesión contra este contrato se opondrá á el ni menos á el pagamento de las pérdidas que hubiese según lo que queda pactado pues conduciéndose con la buena fe que se debe observar en todo contrato observará este puntualmente y para su mayor exactitud de su voluntad hace el juramento más solemne de cumplirlo porque las razones expresas al principio de esta condición es uno de los casos exceptuados en que los hijos de familia pueden contratar asegurando que por la utilidad tan notoria que se le sigue á su padre y familia no se opondrá esta á ello”<sup>38</sup>.

#### 4. Conclusiones.

El presente trabajo ha intentado reconstruir la vertiente familiar de la sociedad mercantil durante la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Las fuentes consultadas demuestran la intensa correlación entre el vínculo sanguíneo y vínculo mercantil en este momento, donde la casa familiar y la casa de comercio no alcanzan una línea perceptible y divisible, sino que se entrelazan en una especie de simbiosis perfecta, perfectamente adaptable a los acuerdos contractuales de naturaleza civil y mercantil.

Por último, las escrituras de sociedad en la que actúan los menores de edad se realiza con una suerte de contrapesos garantistas en materia de responsabilidad como la licencia paterna y el principio *restitutio in integrum*, aunque el análisis de esta última institución plantea dudas de su incólume vigencia desde el derecho de Partidas hasta la codificación mercantil del siglo XIX. El contrato de sociedad de Pedro Ortiz y Compañía prueba la idea de que no debió ser anormal en el tráfico mercantil que la aceptación del principio de la restitución *in integrum* fue general en el período estudiado, donde era cotidiano que los menores de edad fueran incorporados por la familia a los negocios comerciales.

<sup>38</sup> Pedro Ortiz y Compañía, AHPS, legajo 9784, fol. 151-153, Sevilla, 1799.

## Bibliografía

AZPILCUETA, Martín de. Manual de Confesores y Penitentes, manejamos la edición de La Escuela de Salamanca. Una Colección Digital de Fuentes. Ahora en <https://id.salamanca.school/texts/W0002:17.2.2?format=html> (Consultado por última vez el 18 de enero de 2020).

BACARDÍ, Alejandro de. *Tratado de Derecho Mercantil de España*, Barcelona, Imprenta de D. Benito Espona, 1840.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel. *Entre ordenamientos y códigos, Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2009.

BUSTOS RODRÍGUEZ, Manuel. *Los comerciantes de la Carrera de Indias en el Cádiz del siglo XVIII (1713-1775)*, Cádiz, Diputación Provincial, 1995.

FRANCH BENAVENT, Ricardo. “El papel de los extranjeros en las actividades artesanales y comerciales del mediterráneo español durante la Edad Moderna”, en *Actas del Primer Coloquio Internacional “Los Extranjeros en la España Moderna”*, Málaga 2003, Tomo I, pp. 39-71.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Máximo. “Gremios y pleitos. Comportamientos sociales y laborales restrictivos en la Castilla interior de los siglos XVI-XVIII”, en *Erasmus: Revista de Historia Medieval y Moderna*, núm. 3, 2016, pp. 39-54.

GARCÍA ULECIA, Alberto. “Las condiciones de licitud de la compañía mercantil en Castilla bajo el derecho común”, en *Historia, Instituciones, Documentos*, 7, (1980), pp. 39-94.

GONZÁLEZ CRUZ, David. *Familia y educación en la Huelva del siglo XVIII*, Huelva, Universidad de Huelva, 1996, p. 35.

GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo. *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Librería de Sanchez, 1867.

GUIMERÁ RAVINA, Agustín. *Burguesía extranjera y comercio atlántico. La empresa comercial irlandesa en Canarias (1703-1771)*, Tenerife, Consejería de Cultura y Deportes, 1985.

JIMENO-BORRERO, Jesús. “Arbitraje de compañías sevillanas”, en *Baetica: Estudios de Historia Moderna y Contemporánea*, nº 39, 2019, pp. 301-320.

—“Documentos para una historia mercantil: compañías mercantiles sevillanas en la segunda mitad del siglo XVIII”, en *Revista Aequitas; Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 17, 2021, pp. 159-198.

LORENZO PINAR, Francisco J. “El aprendizaje de los oficios artesanos en la Zamora del siglo XVI”, en *Studia historica. Historia moderna*, núm. 6, 1988, pp. 449-464.

MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón. *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Barcelona, 1879, Librería de Álvaro Verdaguer Ramble.

MARTÍNEZ DEL CERRO GONZÁLEZ, Victoria Eugenia. *Una comunidad de comerciantes: navarros y vascos en Cádiz (segunda mitad del siglo XVIII)*, Sevilla, Consejo Económico y Social, 2006.

MARTÍNEZ GIJÓN, José. *Historia del derecho mercantil*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999.

MÉNDEZ Y BALCARCE, Luis. *Instituciones y doctrinas de Comercio*, Buenos Aires, Instituto de investigaciones de historia del Derecho, 2000.

PETIT, Carlos. *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

PLEGUEZUELO HERNÁNDEZ, Alfonso. *Manuel Rivero. Los encargos artísticos de un mercader andaluz del siglo XVIII*, Huelva, Diputación, 2005.

SALAS MURILLO, Jorge. "La "restitutio in integrum" en la historia y en el "Código de Derecho Canónico" de 1983", en *Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado*, núm. 4, 1986, pp. 235-294.

TAPIA, Eugenio de. *Elementos de jurisprudencia mercantil, considerablemente aumentada, y refundida con arreglo al nuevo Código de Comercio de 1829*, Valencia, Librería de D. Ildefonso Mompí de Montagudo, 1838.

VICENTE Y CARAVANTES, José. *Código de Comercio*, Madrid, Imprenta de D. S. Omaña, 1850.