

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Lorenzo de la Maza Rivadeneira

Profesor de Derecho Civil

Los requisitos necesarios para que proceda la indemnización de perjuicios contractual son los siguientes: 1) infracción de una obligación preexistente y constitución en mora del deudor; 2) que la infracción sea imputable al deudor, esto es, atribuirle a dolo o culpa suyos; 3) que la infracción cause daño al acreedor; 4) que exista una relación de causa a efecto entre el hecho culpable o doloso y el daño sufrido.

Esos requisitos pueden formularse de manera diferente. Nos parece, sin embargo, que la señalada es fácil de comprender por cualquier persona.

1. *Infracción y mora*

La infracción de la obligación es un requisito indispensable, exigido por el artículo 1556. Ella existe cuando no se cumple, cuando se cumple imperfectamente o cuando se retarda el cumplimiento de la obligación contraída antes.

Este primer requisito nos coloca en la esfera de la responsabilidad contractual, pues supone, desde que se habla de infracción, la existencia de una obligación civil válida anterior, la existencia de una relación de carácter contractual, entre un acreedor (el enfermo o paciente, en nuestro caso) y un deudor (el profesional médico o paramédico o el establecimiento de atención profesional).

Escapa a los límites de este trabajo el análisis de las variantes que puede revestir la infracción, sea total o parcial, o de la línea sutil que puede separar el incumplimiento absoluto, del mero retardo en cumplir; particularmente en la actividad médica, en que el cumplimiento puede tener un carácter de suma urgencia.

No siempre basta la infracción para que pueda exigirse la indemnización. Es necesario que el deudor quede consti-

tuido en mora, salvo que se trate de una obligación de no hacer (obligación negativa), en que se debe la indemnización desde el momento de la contravención (arts. 1557, 1553 y 1538).

En las positivas, obligaciones de dar o de hacer, es necesario probar que el deudor se encuentra en mora, es decir, que exista constancia legal de que el deudor no ha cumplido dentro del plazo señalado por la ley o por la naturaleza de la obligación o después de requerido judicialmente para que cumpla (art. 1551). Existiendo dicha constatación, la infracción se presume culpable (art. 1547, inc. 3º).

En general, las obligaciones contractuales de los profesionales médicos son positivas, es decir, de dar o de hacer. Sin embargo, la constitución en mora del deudor resulta de la naturaleza de su obligación, deriva de la circunstancia de no haberse efectuado la prestación debida dentro del espacio de tiempo que resulta de la naturaleza misma de ésta. Es lo que puede sostenerse, de acuerdo con el Nº 2º del art. 1551. Naturalmente que si existe un contrato formal, que señale un plazo dentro del cual debe cumplirse la obligación, basta el vencimiento de ese plazo para que el profesional-deudor quede constituido en mora (art. 1551, Nº 1º).

En la actividad médica, pensamos que lo frecuente será el cumplimiento imperfecto. Raro será el caso de incumplimiento total o de retardo en el cumplimiento, como el de un profesional que posterga la intervención quirúrgica ya diagnosticada y convenida, por tener que tomar vacaciones y de ello se sigue la muerte del enfermo.

No es indiferente el origen o causa del incumplimiento, sea total o cumplimiento imperfecto o simple retardo en cumplir.

Puede deberse: a) obra de la acción u omisión del deudor, del profesional, en nuestro caso; b) puede provenir de la acción o hechos de terceros; c) puede provenir de vicios o defectos de las cosas que deben utilizarse en el curso del cumplimiento; d) puede originarse en hechos imprevistos, ajenos a la voluntad y control del deudor-médico, que objetivamente le impidan cumplir.

A) Incumplimiento que es obra de acción u omisión del deudor-profesional médico.

En este caso, el incumplimiento le es imputable si proviene de culpa suya (falta de diligencia o cuidado) o de maldad de él, de la intención de causar daño al acreedor, el enfermo, o sea, de dolo de su parte.

B) Incumplimiento que proviene o es causado por acción o hechos de terceros.

Esta posibilidad nos obligará a estudiar la responsabilidad contractual por el hecho de terceros en el campo de la actividad médica.

C) Incumplimiento que proviene de vicios o defectos de las cosas que deben utilizarse en el curso del cumplimiento.

Esta posibilidad nos obligará a estudiar la responsabilidad por el hecho de las cosas. En la actividad médica puede ser frecuente no sólo por los remedios, drogas, sangre, inyecciones, etc., que deben darse o colocarse al paciente, sino también por los vicios propios, defectos o fallas de los instrumentos o máquinas que deben usarse para cumplir.

D) Incumplimiento que proviene de hechos imprevistos, ajenos a la voluntad y control del deudor.

Esta posibilidad es frecuente en la actividad médica, pues la curación o tratamiento de una enfermedad supone o incluye siempre cierto riesgo, ya que incluso el diagnóstico del mal está sujeto a márgenes de incertidumbre.

En este caso nos encontramos frente al caso fortuito o fuerza mayor, frente al "imprevisto al cual es imposible resistir", que libera de responsabilidad al deudor. (Artículos 44, 1547, inciso 2º y 1558, inciso 2º).

La razón por la cual el deudor no cumple, en general, carece de importancia, salvo en dos casos: 1) que se trate

de circunstancias constitutivas de caso fortuito; 2) que se trate de circunstancias que superen la diligencia o cuidado que el deudor está obligado a emplear, conforme al contrato o a la ley (art. 1547).

Tratándose de la infracción que es obra de la voluntad del deudor, de su acción u omisión, e importante saber si no cumplió con la intención de causar daño al acreedor, o sea, dolosamente, o sólo por negligencia o descuido (art. 44), pues en el primer caso se agrava, como veremos, su responsabilidad normal (art. 1558), haciéndolo responsable incluso de los perjuicios imprevistos.

2. *Culpa o dolo del deudor*

Como ya expresamos, la violación de la obligación es imputable al deudor, en materia contractual, cuando proviene de dolo o culpa suyos.

Estudiemos, entonces, estas figuras jurídicas en la responsabilidad contractual.

El dolo se encuentra definido en el artículo 44 del Código Civil, diciendo que "consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". En el art. 2284 da a entender que consiste en la "intención de dañar". En el art. 2329 parece hacerlo sinónimo de "malicia", lo mismo que en el artículo segundo del Código Penal. Consiste en la intención positiva de causar un mal; en el deliberado propósito de dañar a otro; en el acto u omisión maliciosamente realizados con el fin preciso de dañar.

Nadie discute que el dolo, en nuestra legislación, siempre tiene la misma identidad y naturaleza. Se lo considere como elemento que agrava la responsabilidad contractual, haciendo que el deudor incluso responda de los perjuicios imprevistos causados por su incumplimiento (art. 1558); o como requisito del delito civil (arts. 2284 y 2314) o como requisito o elemento del delito penal (arts. 1º, inciso 1º, y 2º del Código Penal).

Respecto de la culpa, también se ha sostenido la identidad de ella en materia civil y en materia penal. Don Arturo Alessandri Rodríguez así lo afirma, citando a don Raimundo del Río y a nu-

meros autores franceses¹ y dando argumentos que los comprobarían.

El Código Civil, en su artículo 44, hace sinónimas las expresiones "culpa" y "descuido". Luego parece explicarla como una "falta de diligencia", esto es, como "negligencia" y como "falta de cuidado". En el art. 2329 parece comprender dentro del concepto de culpa las actuaciones imprudentes, la falta de prudencia. El descuido, la negligencia, la imprudencia serán, entonces, las características de la culpa civil.

No es efectivo que toda la culpa contractual (el descuido, la negligencia del deudor en cumplir su obligación contractual) sea idéntica a toda culpa delictual civil (falta de cuidado, negligencia, imprudencia en la ejecución de un hecho o al omitir una actuación). Ya hemos explicado que la primera admite grados (art. 44) y que el deudor no incurre siempre en culpa, en caso de ser descuidado o negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, porque todo depende de la clase de culpa de que deba responder (art. 1547). En cambio, las actuaciones imprudentes, negligentes, descuidadas o las omisiones de igual naturaleza, que causan daño, cualquiera que sea el grado o la amplitud del descuido, de la negligencia o de la imprudencia, cometidas sin intención de dañar, constituyen cuasidelito civil y obligan a indemnizar el daño causado (art. 2284), cumpliéndose los demás requisitos necesarios para que el cuasidelito exista.

En otros términos, en la responsabilidad delictual no se califica la gravedad del descuido, de la negligencia o de la imprudencia constitutivas de la culpa, basta que existan. En la contractual, por el contrario, el deudor puede exonerarse de responsabilidad probando que empleó "la debida diligencia" (art. 1547), es decir, que no incurrió en un descuido o negligencia suficiente para hacerlo responsable, atendida la naturaleza del contrato y de la obligación preexistente. Hay necesidad de calificar el grado de culpa en que incurrió: si es grave, leve o levisima, de acuerdo con las pautas que señala el artículo 44.

No parece posible aceptar, entonces, la tesis de que la culpa contractual y la delictual, en materia civil, son idénticas. Ambas están constituidas por una conducta negligente, descuidada, imprudente, pero no pueden ser juzgadas de la misma manera. En la delictual (salvo los casos de incapacidad) es indiferente qué clase de persona es la que incurre en la culpa. En la contractual, es necesario considerar si se trata de "personas negligentes o de poca prudencia", o se trata de "un hombre medio juicioso" o de los que emplean "una esmerada diligencia", todo conforme al art. 44, es decir, de la diligencia que el deudor está obligado a emplear en el cumplimiento.

Además, es necesario considerar en interés de quién aparece celebrado el contrato, de acuerdo con el art. 1547. La naturaleza de la conducta puede ser idéntica, pero no puede ser juzgada de la misma manera en la responsabilidad contractual que en la delictual.

Nos explicamos con un ejemplo. El cónyuge de la víctima, que no es heredero de ésta, ni tiene derecho o porción conyugal, imputa culpa a un médico y le reclama indemnización extracontractual del daño sufrido. Le basta probar la culpa (sin que interese el grado o gravedad de la conducta) y los perjuicios sufridos. El heredero, que reclama responsabilidad contractual, no necesita probar la culpa del médico, pero éste puede exonerarse de responsabilidad probando que empleó la diligencia que debía, atendida la naturaleza del contrato, interesando el grado de culpa de que el médico respondía, ya que pudo responder sólo de la culpa grave o dolo, en virtud de alguna cláusula sobre responsabilidad convenida o sólo de la culpa leve, en razón de la naturaleza del contrato celebrado, y no responder de la levisima.

El Código Civil nunca, al hablar de culpa, acentúa el calificativo, incurriendo en una redundancia. Sólo en el inciso penúltimo del art. 44, habla de "esmerada diligencia", por identificar la culpa levisima.

El Código Penal hace todo lo contrario. En el art. 490 habla de "imprudencia temeraria"; en el art. 491 se

¹ Alessandri: ob cit., N° 23, pág. 40.

refiere a "negligencia culpable", y en el art. 492 habla de "mera imprudencia", pero agrega la necesidad de la "infracción de los reglamentos". Finalmente, en el art. 494, número 10, se refiere al "descuido culpable".

A nuestro modo de ver, la diferencia entre ambos Códigos sólo puede significar que el Penal castiga las actuaciones u omisiones culpables que constituyen una imprudencia, una negligencia o un descuido muy graves. No puede tener otro objeto referirse a "imprudencia temeraria", desde que toda imprudencia supone cierto grado de temeridad; ni hablar de "negligencia culpable", puesto que toda negligencia es constitutiva de culpa y por lo mismo es culpable; ni referirse al "descuido culpable", ya que el descuido siempre es culpable, falta de cuidado.

Señalamos lo anterior no con el propósito de ocuparnos de la responsabilidad penal, sino para indicar que existe diferencia entre la culpa civil y la penal. Toda imprudencia, toda negligencia, todo descuido es constitutivo de culpa delictual civil. Parece, en cambio, que deben revestir especiales características de gravedad para que constituyan culpa penal y tipifiquen un cuasidelito penal.

Lo expuesto no debe llamar la atención, sino, por el contrario, es propio de la actividad médica. Como diremos más adelante, los profesionales que ejercen esta actividad se encuentran amparados por una suerte de "inmunidad", fundada en los riesgos que ella siempre implica y supone. De ahí que la penalidad de los hechos u omisiones culpables de esos profesionales exijan, dada la letra del Código Penal nuestro, una especial gravedad, como lo demuestran los epítetos con que los artículos 490, 491, 493 y 494, N° 10, acentúan la conducta reprochable de quienes incurren en los cuasidelitos penados en esos preceptos. Lo anterior no significa consagrar la impunidad absoluta para los profesionales médicos, sino librarlos de presiones injustas y permitirles asumir ciertos riesgos que el progreso de sus actividades profesionales exige, y que, probablemente, también exige la modestia de los recursos materiales y humanos con que cuentan en nuestro país.

No corresponde que nos ocupemos de las viejas y largas controversias acerca de lo que es la culpa contractual. En nuestro Código, de acuerdo con el art. 44, es cualquiera negligencia o descuido, toda falta de diligencia o de cuidado en cumplir obligaciones preexistentes. Es la conducta reprochable del deudor que lo hace no cumplir su obligación o retardar su cumplimiento o cumplirla imperfectamente (art. 1556).

Pero el mismo art. 44, en relación con el 1547, obliga a examinar, en cada caso, de qué grado de culpa responde el deudor, es decir, obliga a investigar cuál es la diligencia y cuidado que debió emplear para cumplir, porque esos preceptos legales obligan al deudor a emplear mayor o menor diligencia, según sea la naturaleza del contrato que lo vincula al acreedor, en nuestro caso el paciente o enfermo.

El contrato médico siempre impone al profesional que lo celebra las mismas obligaciones, que ya hemos resumido: exámenes de prediagnóstico, diagnóstico, tratamientos y aplicación del mismo, incluyendo la cirugía, si es necesario, medidas de recuperación del enfermo e indicaciones de régimen de vida o de cuidado posterior, prestándole en todas esas etapas su atención y cuidado, con el celo de un profesional, al tanto, en general, de los adelantos científicos y avances técnicos de la profesión que ejerce y dotado de conocimientos y práctica suficientes para actuar.

En concreto, sin embargo, no es posible exigir la misma diligencia y cuidado a todos los profesionales médicos, es decir, la diligencia y cuidado que deben emplear no son los mismos en todos los casos. La culpa supone juzgar la diligencia y cuidado que el deudor ha empleado en cumplir y no parece racional exigir lo mismo al médico de práctica general en un pueblo pequeño, que a un especialista de una gran ciudad, con toda clase de recursos a su alcance. Es posible que la falta de cuidado del primero consista en no "derivar" al enfermo hacia un lugar donde pueda ser atendido mejor, por profesionales de mayores experiencias y conocimientos y donde existan recursos humanos y materiales suficientes. Es posible que la

negligencia o descuido del médico pueblerino consista en no poder o querer darse cuenta de sus limitaciones en materia de conocimientos, práctica y recursos a su alcance.

Nuestra legislación, sin embargo, parece igualar a todos los profesionales en cuanto a la culpa de que deben responder.

Como ya expresamos antes, los contratos médicos se sujetan, en general, a las reglas del mandato (art. 2118). Según ellas, el mandatario, en este caso el profesional médico, responde hasta de la culpa leve (art. 2129), es decir, debe prestar sus servicios y atención con "aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"; debe emplear la diligencia y cuidado de "un buen padre de familia" (art. 44).

De acuerdo con lo anterior, al profesional médico no puede, normalmente, exigírsele que emplee en el cuidado y atención del enfermo "aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la atención de sus negocios importantes, esmerada diligencia que es lo opuesto a la culpa levisima (art. 44).

En otras palabras, el profesional médico no responde de la culpa levisima, a menos que así se estipule. Únicamente responde de la culpa leve, que implica "diligencia y cuidado ordinario o mediano".

Esta igualación de los profesionales médicos respecto de la diligencia y cuidado que deben emplear no puede ser absoluta. Desde luego, el mismo art. 2129, que hace responsable al mandatario de la culpa leve, permite que en ciertos casos su responsabilidad sea más estricta, según las circunstancias, es decir, que se juzgue la conducta con mayor severidad.

Por otra parte, el art. 1546 establece que los contratos deben ser cumplidos de buena fe y que, por lo mismo, no siempre obligan únicamente a lo que en ellos se expresa, sino que pueden extenderse "a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o por la ley o la costumbre pertenecen a ella". Pensamos que, atendida la naturaleza de las obligaciones de los profesionales médicos y lo que por la

costumbre comprenden, no todos ellos están sometidos, en concreto, a iguales exigencias de cuidado y de diligencia, sino que deben considerarse diferencias derivadas de variadas circunstancias, en especial de lugares, tiempo, categoría y rango, o diferencias derivadas de los distintos recursos materiales y humanos de que disponemos.

Pensamos que en esta materia debe sustituirse el criterio del "buen padre de familia" por el de un "buen profesional de la misma categoría y rango del deudor". En concreto, debe hablarse de la diligencia y cuidado que debe emplear un buen profesional, o que habría empleado, colocado en las mismas circunstancias de lugar, de tiempo, de categoría y de rango; que disponga de los mismos elementos auxiliares y de semejantes instalaciones y recursos humanos y materiales.

Lo anterior no significa dejar en la impunidad al profesional médico con menor preparación o experiencia, sino de juzgar su conducta con menor severidad que la que se emplee respecto de especialistas o de profesionales muy destacados y de gran prestigio. Lo mismo que considerar, al pronunciarse sobre su conducta, el lugar en que actúa y los medios de que dispone.

Es imposible indicar todos los casos en que el profesional médico viola sus obligaciones incurriendo en culpa. Las etapas en que debe ir cumpliéndolas nos puede dar una idea.

Exámenes de prediagnóstico. Lo normal, en nuestro tiempo, es que el profesional médico examine al paciente con el objeto de investigar y determinar cuál es el mal de que padece. Es poco frecuente que sepa o que diga de inmediato, precipitadamente, cuál es el mal, enfermedad o dolencia.

El dentista, por ejemplo, hará un examen previo y luego pedirá una radiografía total o parcial, antes de curar o de obturar.

El psiquiatra o psicólogo multiplicará las entrevistas con el paciente antes de diagnosticar su mal, y es posible que le solicite algún examen antes de recetarle drogas o remedios. Lo mismo un neurólogo.

El internista examinará su cuerpo y luego le pedirá los exámenes que considere necesarios, de rayos X, electrocardiograma, de sangre, de orina o de deposiciones, fuera de otros. Es posible que lo haga examinar por un especialista o por un cirujano especialista, si se trata de una dolencia que requiera una eventual intervención quirúrgica.

En esta etapa el profesional puede incurrir en culpa si precipita su diagnóstico y omite pedir exámenes complementarios, serológicos, radioscópicos o radiográficos y se fía demasiado de su experiencia, frente a síntomas equívocos que pueden corresponder a diversos males². En general, sin embargo, el error en el diagnóstico no se considera culpable.

Debe recordarse que existe diferencia entre la culpa (falta de diligencia, de cuidado, imprudencia) y el error, que es el concepto falso o equivocado de la realidad, en este caso, del mal o enfermedad del paciente. El error en el diagnóstico no siempre se debe a culpa o negligencia del profesional³, ya que es posible que incurra en él aun agotando su diligencia y cuidado, o que sea preferible el error, frente a un peligro eventual grave⁴.

El diagnóstico, en general, es el resultado de una serie de actos. Se va haciendo progresivamente, con ayuda de síntomas y de exámenes. El porcentaje de error es más o menos alto, según la

naturaleza del mal, de la enfermedad o del enfermo.

En general, como ya expresamos, se considera que el profesional médico es soberano de su diagnóstico y que el error de éste no acarrea su responsabilidad, ni constituye por sí mismo culpa profesional⁵.

Incluso no es posible reprochar la conducta de un profesional medio que no formula un diagnóstico acertado, en un caso corriente, exponiendo al enfermo a peligros, cuando otro profesional con mayor experiencia habría podido diagnosticar con certeza. Sin embargo, en presencia de síntomas inquietantes o equívocos, debe obtener autorización para llamar a consulta a un especialista y no puede descartar, sin motivos graves y sin exámenes complementarios, lo diagnosticado por éste. Ello constituiría negligencia o descuido.

La convicción, por parte del médico, especialmente del cirujano, de tratarse de un caso de suma urgencia, puede dispensarlo de pedir y de exigir los exámenes y análisis usuales.

En el extranjero, los tribunales, en materia de diagnóstico, sólo han mostrado severidad respecto de especialistas, en los dominios que les son propios. Respecto de éstos no se admiten errores que serían excusables en profesionales no especialistas, es decir, su conducta es juzgada con mayor severidad⁶.

² Penneau, Jean: ob. cit., pág. 73.

³ Por ejemplo, en Francia no se ha considerado culpable confundir un sarcoma con una fractura retardada, después de haber examinado todas las radiografías posibles, efectuando una amputación inútil. Penneau, Jean: ob. cit., pág. 73.

⁴ En el diagnóstico de apendicitis aguda, con fuertes dolores, existe entre un 15 y un 20 por ciento de error en el diagnóstico. En general se opera de apendicitis frente a la duda, descubriéndose que no existe la apendicitis. No existe culpa, pues se ha preferido un mal menor, ante el peligro de que pueda producirse una peritonitis.

⁵ Por ejemplo, la confusión entre el seccionamiento del nervio ciático con la simple contusión del mismo. No haber diagnosticado la fractura de la región de unión del fémur con los ilíacos, que no aparecía en las radiografías tomadas, ni revelada por ninguna de las manifestaciones clásicas. Confundir la flebitis con una osteomielitis. Mémeteau G. y Mélenec L., tomo 2º, pág. 124. En esta obra, por eso, se afirma que los tribunales, en Francia, hacen la distinción entre el error de diagnóstico y la culpa en la investigación o establecimiento del diagnóstico, consistente en omitir antecedentes y exámenes suficientes, fiándose de una larga experiencia.

⁶ Mémeteau G. y Mélenec L., ob. cit., págs. 118 y 119. Es de advertir, sin

La elección del tratamiento corresponde hacerla al profesional que ejerce la actividad médica, con entera libertad, pero con el exclusivo propósito de sanar o mejorar al enfermo, pudiendo optarse por la cirugía, si se considera necesaria.

Se considera culpable la ignorancia, para una afección ya bien diagnosticada, de métodos de curación convertidos en clásicos en el momento de ser consultado el profesional. Esos métodos pueden ser modificados en bien del enfermo, pero no debido a negligencia o dejándose guiar por una fantasía experimental. No es admisible que el internista ignore los últimos y probados adelantos en farmacología y los posibles efectos laterales de los remedios o drogas que recete. Si los ignora, debe abstenerse de recetarlos y sustituirlos por otros bien conocidos.

El error en la elección del tratamiento no constituye culpa en sí mismo⁵. En cambio, es culpable no prestar el debido cuidado a la aplicación del tratamiento elegido, en especial en lo que respecta a la vigilancia de la forma en que el enfermo tolera los medicamentos, en que los ingiera oportunamente y en las dosis prescritas y en que esos medicamentos produzcan los efectos requeridos. Porque hay casos en que el diagnóstico y el tratamiento son adecuados. Por ejemplo, recetar aspirina en caso de cefalea o dolor de cabeza. Sin embargo, no puede recetarse ese tratamiento sin investigar, previamente, si el paciente padece de una úlcera gástrica, ya que puede producirse una hemorragia digestiva. Si la úlcera era desconocida del paciente y no hay indicios de ella en los exámenes de prediagnóstico, es evidente que no hay culpa.

embargo, que algunos especialistas olvidan los conocimientos básicos de la medicina general y que, por lo mismo, algunas veces hacen vagar al enfermo de especialista en especialista, sin que se logre acuerdo o certeza en el diagnóstico. Ese olvido de los conocimientos básicos de la medicina puede constituir culpa y generar responsabilidad, pues deja de ser admisible en el tipo medio del profesional médico y constituye culpa leve.

Parece no existir duda acerca de que la actividad médica no puede realizarse sin el conocimiento y consentimiento del paciente, lo que supone que se le informe debidamente de sus males, enfermedad o deficiencias de salud. En esta materia, la regla consiste en que el profesional debe proporcionar a su cliente una información clara, comprensible y exacta del mal o enfermedad, limitada a la evolución de ella y a los riesgos normalmente previsibles, en función de la experiencia habitual o de los antecedentes de que se disponga. Ya nos referimos a este aspecto al estudiar el contrato médico.

La información debe darse al enfermo o a representantes de éste⁷, en caso que el primero no pueda recibirla por su edad o por su estado. Un pronóstico grave debe proporcionarse con ciertas atenuaciones, y un pronóstico fatal debe darse a los representantes del paciente y aun a éste (que es lo preferible), si es visible su aptitud para resistir la verdad descarnada. En todo caso, es necesario que el paciente o sus representantes estén impuestos de los riesgos a que se encuentra expuesto, derivados de la enfermedad o del tratamiento que se prescribe.

En conocimiento del mal y del tratamiento que procede aplicar, el enfermo o, en caso de imposibilidad de él sus representantes, deben prestar su consentimiento respecto de dicho tratamiento, sea que suponga o no una intervención; informándole también de la anestesia que se utilizará y de los peligros que ésta lleva siempre consigo. Incurre en culpa el profesional que no informa debidamente.

⁷ En esta materia deben considerarse "representantes" del enfermo a quienes legalmente lo sean. Pero los "familiares" que lo acompañan deben considerarse mandatarios, a virtud del asentimiento tácito del enfermo, en especial si no puede consultarse a éste. Un simple amigo y aun un extraño pueden considerarse agentes oficiosos del enfermo, si no aparecen familiares, respecto de los cuales pueda suponerse un encargo o mandato del enfermo.

Habrán casos en que el médico o profesional puede proceder sin esa información completa, ya que, por ejemplo, en el curso de una intervención quirúrgica pueden presentarse sorpresas imprevisibles, que obliguen a proseguir con variantes la operación proyectada, de inmediato, para no aumentar en exceso los riesgos y evitar que el caso se convierta en fatal sin hacer esfuerzos por impedirlo.

Nuestro Código Civil se coloca en el caso de que el mandatario se vea en la imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones del mandante. Si no le fuere posible dejar de obrar, deberá hacerlo en la forma que mejor convenga al enfermo-mandante (art. 2150).

Lo que no es posible es que el profesional médico delegue sus funciones esenciales, que le son propias, en otro profesional, sin el consentimiento del enfermo. Parece contrario a la naturaleza del contrato médico que se proceda a tal delegación, no obstante la regla del art. 2135, que se lo permite al mandatario, salvo que se le haya prohibido hacerlo. Esta prohibición aparece como implícita en el contrato médico, en especial atendido lo que dispone el art. 1546 del Código Civil, que obliga a cumplir de buena fe y con arreglo a lo que ordena la costumbre como perteneciente al contrato.

Sin embargo, en la actualidad, algunas de las funciones del profesional médico pueden ser delegadas o encargadas a otro profesional o enfermeras o asistentes médicos, siempre que sea de aquellas funciones que no debe el profesional realizar personalmente. En esos casos de delegación, el profesional responde de los hechos de sus delegados como de los suyos propios (art. 2135), salvo que los delegados hayan sido elegidos por el paciente, como ocurre cuando éste es atendido en una Clínica privada, contratada por el enfermo, y el profesional médico delega algunas atenciones en el personal de esa Clínica.

Volveremos sobre esta materia al tratar de la responsabilidad contractual por el hecho de terceros y del ejercicio colectivo de la actividad médica.

Resumiendo acerca de este requisito de la culpa, al profesional médico debe

exigírsele la diligencia y el cuidado de un buen profesional del tipo mediano o normal, al corriente de los adelantos más conocidos, considerando, sin embargo, el medio o lugar en que debe actuar y los recursos humanos y materiales a su alcance. Debe juzgarse con mayor estrictez la actuación de profesionales de gran prestigio o especialistas, atendida la buena fe con que el enfermo recurre a ellos, confiado en su mejor preparación y en su mayor destreza.

En materia contractual, nuestra legislación no permite exigir al profesional médico una "esmerada diligencia y cuidado", salvo que así se estipule. Por ejemplo, que él mismo coloque las inyecciones o que se mantenga al lado del enfermo, esperando sus reacciones o que se ocupe personalmente de todo el proceso preoperatorio y vigile, también personalmente, todas las reacciones posteriores a la intervención.

Como se trata de que un juez se pronuncie sobre una conducta en un campo que le es totalmente ajeno, deberá ser muy prudente en conceder y en exigir, procediendo con la ayuda de peritajes serios y fundados y con exacto conocimiento de todas las circunstancias de cada caso. Las opiniones de los peritos no deben ser determinantes en la decisión, ya que es el juez quien debe juzgar, formándose una seria y personal apreciación de cada caso.

Intervención quirúrgica. El tratamiento puede consistir, a veces, en una intervención quirúrgica, que puede exigir la extirpación de algún órgano o de alguna parte del cuerpo del paciente. En esta tarea, la regla es que el cirujano goza de impunidad, presumiéndose que actúa en bien del paciente. El internista tratante tiene obligación de recurrir con oportunidad al cirujano. Si lo omite, incurre en culpa⁸.

⁸ Un caso real. Enfermo con diagnóstico anterior de úlcera gástrica se resfría y una amiga lo hace tomar aspirinas. La úlcera se perfora y padece de una hemorragia interna. En la mañana lo llevan a clínica. El internista que lo atiende no llama a cirujano. Un hijo insiste a las 4

Es por eso que el enfermo debe elegir al cirujano y puede o no delegar en éste la tarea de elegir ayudantes, anestésistas y otros profesionales que sean necesarios, lo mismo que el personal auxiliar.

Hay casos en que el paciente contrata en una Clínica, Hospital o Instituto la realización de la operación, delegando en los órganos ejecutivos o médicos del establecimiento la designación de todo ese personal.

También los hay en que el cirujano elegido por el enfermo, convenga con éste el lugar de la intervención y ambos acepten que el establecimiento proporcione todos o algunos miembros del personal de ayudantes, anestésista y demás que sean necesarios.

En todo caso, es obligación del cirujano reunir el equipo necesario y competente para la intervención. Incurre en culpa si opera sin haber cuidado de hacerlo de manera adecuada y eficiente, salvo el caso de una operación de suma urgencia, que no admita espera.

Corresponde también al cirujano, de acuerdo con el anestésista, elegir el modo en que el enfermo debe ser anestesiado, de manera que ésta sea la más adecuada a la operación que se realizará y debe vigilar su empleo. Para ello es indispensable que uno y otro examinen el estado general del paciente, imponiéndose de los exámenes que se le hayan hecho o bien ordenando que se le hagan, en especial los de sangre, electrocardiograma, etc.

Incurre en culpa el profesional que omite estudiar esos exámenes o exigir todos los que juzgue indispensable, ya que debe conocer cualquier tara física o fisiológica que contraindique un modo determinado de anestesia, siempre que se trate de taras o defectos de no difícil percepción con los exámenes que la práctica corriente indican como necesarios.

de la tarde. Se niega a llamar cirujano. Luego, en la noche, accede a ello a las 23 horas. El cirujano lo opera desde las 1.30 hasta las 4 de la mañana. Se salvó. De ser fatal el caso, la culpa del internista tratante habría sido clara, por omitir la intervención oportuna del cirujano.

Por ejemplo, el desarrollo anormal e ignorado del "timo", que trae como consecuencia un accidente fatal debido a la anestesia que se juzgó adecuada, no es imputable a culpa de los profesionales, cirujano y anestésista.

En cambio, incurre en culpa el anestésista que no comprueba el grupo sanguíneo del paciente o el cirujano que no exige un electrocardiograma, salvo en caso de suma urgencia. También el médico o matrona y el anestésista que en la sala de parto no comprueban una vía venosa permeable previa.

Agotados los exámenes usuales al caso de que se trate, el cirujano tiene plena libertad para elegir el modo de anestesia. Aun el empleo de métodos nuevos, pero ya comprobados por la experiencia, no lo hacen incurrir en culpa, si los estima los más adecuados al trabajo que realizará. Sólo existe culpa cuando se descuida, cuando se omite, lo que normalmente debe hacerse; cuando no se obra en la forma en que otro cirujano competente lo habría hecho, colocado en el mismo tiempo, lugar y con los mismos recursos a su alcance. La culpa es imprudencia, negligencia, descuido, conducta reprochable. No basta para imputarla el resultado fatal o no esperado.

En cuanto al anestésista, en la sentencia de nuestra Corte Suprema, de cuatro de octubre de 1984, se definen sus obligaciones, fuera de la de adormecer al enfermo. Debe tener "control de los signos vitales del paciente durante la intervención mientras la anestesia está produciendo efectos, lo mismo que percatarse de un paro cardíaco y tratar de sacar de él al paciente"; a lo cual debe agregarse el control de la pérdida de líquidos, en especial de sangre y efectuar o vigilar las transfusiones de ésta que el cirujano o él estimen necesarias, cuidando de verificar que la sangre que se le envía sea la pedida y adecuada, conforme a los rótulos del "banco de sangre".

El cirujano tiene libertad para emplear la técnica operatoria que le parece adecuada y, haciéndolo, no incurre en culpa si la intervención termina en un fracaso, no obstante el cuidado que tuvo al efectuarla.

El olvido de compresas no suele producirse hoy, pues se cuentan antes y después de la intervención. Es culpable cuando la operación se desarrolló normalmente y conforme a lo previsto. No lo es en caso que un accidente operatorio o una anomalía orgánica del paciente deban hacer que éste sangre en abundancia, o cuando urgencias inevitables han afectado la regularidad y seguridad de la operación. Todo depende de las circunstancias y de los imprevistos que encuentre.

Los cuidados postoperatorios se encuentran bajo la dirección normal del cirujano. Incurre en culpa si los descuida, sin perjuicio de que debe subentenderse autorizado para delegar aspectos o detalles de los mismos, con arreglo, en todo caso, a sus directivas escritas.

En los casos fatales, cuando no se conoce con exactitud la causa de la muerte o existan serias dudas al respecto, el cirujano debe pedir a los representantes o herederos del paciente fallecido autorización para efectuar una autopsia.

Existen especialistas cuyo papel no es dirigir el tratamiento sino proporcionar elementos para éste, conforme las instrucciones del médico tratante, como los radiólogos, los hematólogos y otros. No son admisibles errores en sus actuaciones.

Si el radiólogo lee equivocadamente e informa erróneamente, o provoca una radiodermatitis por omitir las precauciones necesarias, incurre en culpa. Lo mismo los especialistas que realizan exámenes de sangre o que la proporcionan para transfusiones, si equivocan su clasificación o las etiquetas que designan la clase o tipo de la sangre. Se ha condenado, en el extranjero, al hematólogo que omite la reacción de Wassermann y proporciona sangre sífilítica.

Régimen posterior. Ya sano el enfermo, corresponde al médico tratante o al cirujano darlo de alta, declararlo curado o prescribirle continuos determinados tratamientos.

No debe omitir, sin embargo, las recomendaciones sobre su régimen de vida futuro, si es necesario, y lo que debe evitar. Lo mismo que la indicación de los controles a que debe someterse periódicamente,

explicándole los peligros de no someterse a ellos.

3. *Daño en la responsabilidad contractual*

El requisito del daño es común a ambas clases de responsabilidad. Lo trataremos al estudiar la delictual, haciendo notar las particularidades que pueda tener en una y en otra.

4. *La relación causal*

En materia contractual, para que proceda la indemnización no basta que la infracción de la obligación preexistente sea culpable y que exista un daño. Es necesario que el demandante pruebe que el daño es efecto de la infracción culpable o morosa. El art. 1558 establece que el daño emergente y el lucro cesante deban "provenir" de no haberse cumplido íntegra, exacta y oportunamente la obligación. Luego el art. 1558 habla de la indemnización de "los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata directa" de la infracción. Esta debe ser la causa, y los perjuicios, el efecto inmediato y directo.

La prueba de la relación causal corresponde a quien demanda la indemnización, no obstante que la culpa se presume, en materia contractual (art. 1547).

En materia delictual, también debe existir esa relación de causalidad. El art. 2314 se refiere al delito o cuasidelito "que ha inferido daño a otro", es decir, que ha sido la causa del daño. No basta una simple coincidencia en el tiempo o en el espacio.

Es posible que exista culpa y que no acarree responsabilidad civil, debido a que falta la relación de causalidad con el daño. El médico de una Clínica corriente de pueblo, "deriva" a una mujer con embarazo tubario que requiere intervención, hacia una maternidad por estimar que allí será mejor atendida. Durante su traslado a ésta, la ambulancia choca y la paciente muere inmediatamente a consecuencias de un traumatismo encefalocraneano. El médico de la Clínica puede haber recurrido en culpa por omisión, ya que la intervención era urgente, pero no tiene responsabilidad.

dad por la muerte, que se debió a otra causa, en la cual no le cupo intervención.

Es posible que exista una relación causal con el hecho, pero no culpa del profesional médico, como en la generalidad de los casos de intervenciones quirúrgicas con resultados fatales, no obstante los cuidados, diligencia y sabiduría del cirujano y del resto del personal.

Tanto en una como en otra responsabilidad, el hecho culpable debe ser la causa directa y necesaria del daño, para que se origine responsabilidad civil para el autor del hecho o de la omisión culpables. Si la causa es indirecta, no existe esa responsabilidad. Por ejemplo, si por culpa o descuido del anestesista el enfermo muere de un paro cardíaco. Al saber su muerte, la cónyuge de éste sufre un infarto, que también la hace morir de inmediato.

La posibilidad de que existan varias causas del daño ha originado la teoría de la "equivalencia de las condiciones", especialmente en materia delictual. Según ésta, todos los hechos que han contribuido a causar el daño deben considerarse causa de él, puesto que están en situación o condiciones equivalentes.

Por ejemplo, en el caso de la mujer con necesidad urgente de ser operada de su embarazo tubario, que es "derivada" a una Maternidad, chocando la ambulancia durante el traslado, lo que le produce un profundo y sangrante corte en la garganta. Llega a la Maternidad viva y se la opera, sufriendo un paro cardíaco durante la operación por efecto de la anestesia y de la pérdida de sangre. Tres causas suficientes para provocar la muerte y se ignora cuál de ellas fue la causa inmediata y directa. Se considera que todas ellas, por encontrarse en condiciones equivalentes.

Es posible que la culpa de la víctima suprima o atenúe la relación de causalidad. El enfermo puede no tomar los medicamentos prescritos, sino otros diferentes de los recetados o dosis mayores "para sanar antes". Puede realizar innecesariamente movimientos intempestivos y bruscos durante la ejecución de una curación no dolorosa en sí misma. Puede huir de la Clínica sin ser dado de alta. Si el daño se debe en parte a cul-

pa de la Clínica o de los profesionales y en parte a culpa del enfermo, la indemnización está sujeta a reducción por haberse expuesto imprudentemente al daño (art. 2330). No se deberá indemnización si el daño se debió exclusivamente a culpa del paciente⁹.

La predisposición del enfermo debe ser dada a conocer al profesional médico, pues cualquiera reticencia al respecto constituiría culpa del primero, suficiente para eliminar la relación de causa a efecto entre culpa y daño. Pero el silencio del cliente no excluye totalmente la responsabilidad médica, ya que puede deberse a ignorancia del paciente y sus revelaciones pueden ser reemplazadas con exámenes cuidadosos. Por ejemplo, el médico pregunta si es alérgico a la penicilina, y contesta que no. Puede deberse a ignorancia. Pero el médico insiste y le pregunta si antes se ha puesto inyecciones de penicilina; mintiendo vuelve a contestar que no. Resulta que es alérgico y que la inyección le acarrea enormes complicaciones y daños de consideración. También es frecuente el caso de señoras que ocultan su verdadera edad, aprovechando que están bien conservadas y no representan la edad que tienen, lo que hace que el médico equivoque el tratamiento o aumente los riesgos del mismo o de la intervención.

El profesional médico demandado puede liberarse de responsabilidad probando que el daño se debe a causa totalmente ajena al tratamiento, a caso fortuito (art. 44) o que empleó, en materia contractual, el cuidado y diligencia que le correspondía (art. 1547). Por ejemplo, no le son imputables anomalías

⁹ El enfermo muere al lanzarse desde un quinto piso. En un hospital o clínica corriente, en general, la culpa es del suicida. En un hospital o clínica siquiátrica es del establecimiento, cuya dirección debe prever tal posibilidad. El caso es dudoso tratándose de un paciente muy anciano que muere al caer de la cama debido al golpe que sufre o que muere de un infarto debido al pánico que experimenta, o por desangrarse al abrirse su herida.

anatómicas imprevisibles, que escapan a los exámenes normales, como el caso de anomalías de las vías biliares o complicaciones operatorias, como la rotura de arterias, no detectada, o una neumonía rebelde, postoperatoria¹⁰, no obstante los cuidados que se tuvieron.

La relación de causalidad puede ser destruida, también, si la causa del daño es el hecho culpable de un tercero: deficiencias de los remedios o drogas (imputables a los Laboratorios o a las Farmacias); mala calidad de las inyecciones (también imputables a quienes las fabrican o las venden); deficiencias de los "bancos de sangre" en la clasificación de ésta (atribuibles a los hematólogos o personal de los mismos)¹¹; deficiencias de la Clínica o Pensionado particular,

¹⁰ Ha ocurrido que durante la intervención el enfermo sufra un paro cardio-respiratorio. Se logra que se recupere, pero sufre, durante el tratamiento para resucitarlo, la fractura de dos costillas. Durante el período post-operatorio respira mal y sufre neumonía que le causa la muerte. No obstante todos los cuidados y diligencia empleados, el caso es fatal. No existe responsabilidad de los cirujanos, que se liberan probando que emplearon la debida diligencia o que el fallecimiento se debió a caso fortuito o a una causa distinta de la intervención quirúrgica. Todo tratamiento supone cierto riesgo.

¹¹ Si no se está en intervención quirúrgica, la orden de hacer o de no hacer transfusión de sangre debe darla el médico tratante. Durante una intervención corresponde al anestésista, que es responsable de que el paciente respire y tenga suficiente presión arterial, controlando todos los líquidos que pierde y reponerlos (v.gr., orina, sangre). A él corresponde, además, hacer o dirigir la transfusión. La ejecución de la transfusión, fuera del caso de intervención quirúrgica, corresponde a un médico o tecnólogo o enfermera especialistas, quienes deben comprobar que la sangre que se le proporciona no tiene incompatibilidad con la del paciente. La clase de sangre la determina "el banco de sangre", en cada establecimiento hospitala-

rio, rotulando debidamente los envases que la contienen. Veremos que toda transfusión supone cierto riesgo.

como en los casos de infecciones atribuibles a falta de asepsia y antisepsia, a torpeza del personal, o a mal estado de las cosas que emplean. El daño puede ser imputado a un tercero, sin vínculo contractual con el profesional; éste podrá probar que empleó la debida diligencia y cuidado, y si se persigue su responsabilidad delictual, no será posible probar que incurrió en culpa.

El consentimiento de la víctima no siempre basta para eximir de responsabilidad al profesional médico, cuando el daño se refiere a la integridad física o corporal, pues se considera ilícitos los actos de disposición del cuerpo o de sus órganos, salvo casos de extrema necesidad, como el del padre que dispuso de un riñón para que le fuera trasplantado a su hija, que de lo contrario moría. Siempre el consentimiento de la víctima debe unirse a la extrema necesidad, las ineludibles razones terapéuticas que hacen necesario mutilar.

En el extranjero ha solido olvidarse la necesidad de este requisito de la relación causal. Así, por ejemplo, una vez comprobada la culpa del profesional, aunque no se encuentra establecida la causa de la muerte, se ha solido condenar al médico por haber hecho perder a la víctima una oportunidad de sobrevivir. Los peligros de esta doctrina son evidentes. Toda intervención quirúrgica entraña un riesgo, riesgo derivado de la aplicación de la anestesia, riesgo derivado de un sorpresivo paro cardíaco, riesgo derivado de infecciones por causas desconocidas, riesgo derivado de neumonías, riesgos derivados de transfusiones de sangre no toleradas por el enfermo. Mientras no quede perfectamente probada la causa del daño, no es posible condenar al profesional, lo mismo en materia contractual que en materia delictual, extracontractual. De ahí la necesidad de pedir la autopsia, si la causa de la muerte es desconocida. La omisión de un tratamiento cuyo resultado y buen efecto no puede asegurarse, ni menos su eficacia, basta para eximir de responsa-

rio, rotulando debidamente los envases que la contienen. Veremos que toda transfusión supone cierto riesgo.

bilidad, aun suponiendo una culpa por omisión del médico tratante. La *chance* o posibilidad de sobrevivir puede considerarse un perjuicio cierto, a condición de que exista realmente tal posibilidad, quedando comprobada.

Esta doctrina de la pérdida de la *chance* de sobrevivir es inaceptable en nuestra legislación. Presumiéndose la culpa, en materia contractual, el profesional médico estaría anticipadamente condenado al pago de indemnización en caso de fallecimiento del paciente por haberlo hecho perder la *chance* de sobrevivir. Es indispensable no olvidar la necesidad de probar la existencia de la relación de causalidad entre la culpa y el daño, en especial en el sistema de responsabilidad contractual. La muerte, el daño, deben ser efecto inmediato y directo de la culpa del profesional.

Cláusula sobre responsabilidad.

Materia contractual

En nuestra legislación civil y en materia contractual no existe duda acerca de que las cláusulas contractuales, convenidas con el objeto de eximir de responsabilidad, de atenuar la responsabilidad normal o de agravarla, tienen valor y eficacia. Los artículos 1547, inciso final, y 1558, inciso final, no dejan ninguna duda al respecto, fuera de los artículos 1839, 1934, 2247 y otros.

La única cláusula a la cual no se le reconoce valor es la destinada a eximir de responsabilidad al deudor en caso de infracción dolosa, porque el art. 1465 dispone que la condonación del dolo futuro carece de valor, pues adolece de objeto ilícito.

Lo que se discute es si puede eximirse de responsabilidad al deudor en caso de incurrir en culpa grave. Según el art. 44, la culpa grave se equipara al dolo, de modo que no tendría valor la cláusula que exima de responsabilidad al deudor que ha dejado de cumplir incurriendo en culpa grave. Sin embargo, el inciso final del art. 1547, al admitir las estipulaciones que modifiquen la responsabilidad normal del deudor que incurre en culpa, no excluye la posible estipula-

ción que lo exonere, no obstante haber incurrido en culpa grave.

Pensamos que tal estipulación carecería de valor, no tanto por la equiparación de la culpa grave al dolo, consagrada por el art. 44, como por la regla de que los contratos deben cumplirse de buena fe (art. 1546), y pareciera que deja de tener buena fe en la tarea de cumplir el deudor que incurre en la negligencia o imprudencia de las personas descuidadas, que no prestan la debida atención a lo que hacen.

En todo caso, los establecimientos particulares de hospitalización o de tratamiento de enfermedades y posiblemente todos los profesionales médicos deberían convenir con el cliente-enfermo en la exclusión de su responsabilidad derivada de la culpa levisísima. Esta supone un "esmerado cuidado", una diligencia extrema, que la rapidez de la vida actual parecen excluir. Además, como ya expresamos, el contrato médico obliga al profesional al empleo de la diligencia mediana de un buen profesional, es decir, sólo lo hace responsable de la culpa leve.

Algunos ejemplos son casos ya señalados. No incurre en culpa leve el cirujano al cual se le queda una compresa en una sangrienta intervención de extirpación de un tumor, habiendo tomado la precaución de que una arsenalera o enfermera compruebe que es el mismo el número de compresas contadas antes de la operación y antes de cerrar. El caso ha ocurrido muchas veces en Chile y en el extranjero. En cambio, podría sostenerse que incurre en culpa levisísima.

Supóngase que el cirujano no comprueba, personalmente, la forma en que el enfermo ha sido colocado en la mesa destinada al efecto, y el enfermo cae con fatales consecuencias. Hay culpa levisísima, pero no culpa leve, ya que sin grave negligencia pudo fiarse del personal. El problema se convierte en un caso de responsabilidad por el hecho de terceros.

Es tan grande el número de riesgos posibles para un enfermo que ingresa a una Clínica, a una Maternidad o a un Hospital, debido a la imposibilidad de que el profesional médico atienda por sí mismo todos los aspectos del tratamiento, que imponerle responsabilidad por incurrir en culpa levisísima resulta in-

justo. Para los establecimientos de asistencia médica y hospitalaria el problema se convierte en el de si existe responsabilidad por el hecho de las cosas o de terceros.

Por ejemplo, ¿tiene responsabilidad el establecimiento que admite que un examen endoscópico se haga en un pabellón mal dotado; o la responsabilidad es del médico que lo hace? Pareciera que es culpa de éste. Sin embargo, en Chile tal carencia de medios, que si no se emplea ese pabellón mal dotado, es posible que el examen se postergue demasiado.

Es tan reducido el número de anestelistas, en Chile, que a veces uno solo debe atender, simultáneamente, dos y aun tres pabellones de cirugía, confiándose la atención inmediata a una tecnóloga o a un estudiante.

¿Hay culpa del establecimiento hospitalario?

¿Debe llegar el cuidado hasta impedir las operaciones sin el equipo completo normal?

Por eso, los profesionales médicos y los establecimientos de hospitalización deben convenir la cláusula que los exima de la culpa levisima.

Responsabilidad contractual por el hecho de terceros

Nuestro Código Civil sólo establece a propósito de la responsabilidad delictual el principio o regla de que "toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". (art. 2320, inc. 1°).

Al tratar de la responsabilidad contractual no establece ninguna regla general al respecto, sino que da a entender que el deudor es también responsable de la infracción de su obligación, cuando ésta proviene del hecho o de actuaciones u omisiones de otras personas, por la circunstancia de haberlas asociado o ligado a la actividad de cumplir, como dependientes, delegados o colaboradores suyos o de haberlas ligado al cumplimiento por hacerlas disfrutar de los beneficios de la relación contractual.

Lo da a entender en varios preceptos aislados, como son los artículos 793, 802, 1679, 1925, 1926, 1941, 2015, 2242, 2243, etc.

El precepto más claro y general es el del artículo 1679, según el cual "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes responde". Esta regla está contenida en el Título XIX del Libro Cuarto, relativo a la "pérdida de la cosa que se debe", es decir, al caso de que ésta perezca, porque se destruye, deja de estar en el comercio humano o desaparece (art. 1670). Sin embargo, en materia contractual podemos considerarla general, en vista de la existencia de esos otros preceptos citados que así lo dan a entender. Queda por precisar por quienes responde el deudor.

Sobre la base de los demás preceptos señalados y de su responsabilidad por hacer que intervengan otras personas en el cumplimiento, podemos concluir que el deudor responde por el hecho de todas las personas que asocia al beneficio de su actividad, que colaboran en el cumplimiento, que dependen de él o reciben sus órdenes o que por su voluntad lo sustituyen en las tareas del cumplimiento, total o parcialmente.

Si la infracción es causada por terceros absolutamente ajenos al control del deudor médico, que ninguna relación tiene con él, es evidente que los hechos de esos terceros, que hacen imposible el cumplimiento, constituyen un caso fortuito que exonera al deudor de responsabilidad (art. 1547), debiendo probar el caso fortuito que alega (arts. 1547 y 1674).

En cambio, si la infracción proviene y tiene por causa el hecho de terceros por quienes responde, se presume que ella se debe a culpa del deudor, quien no puede exonerarse de responsabilidad sino probando caso fortuito o que, tanto él, como dichos terceros, emplearon el cuidado y diligencia que debían, conforme a la naturaleza de la relación contractual con el acreedor perjudicado (arts. 1547 y 1671).

Los casos en que el deudor responde en materia contractual, por los hechos de terceros que se relacionan con nuestro trabajo, pueden resumirse así:

1) responde por el hecho de representantes suyos, lo que es importante en el caso de Clínicas o empresas de salud (art. 1448). Se exceptúan los casos en que los representantes actúen dolosamente o que actúen fuera de los límites de su representación, es decir, apartándose de las instrucciones recibidas o privando al enfermo de cuidados elementales. Así se desprende de los artículos 1448, 2079 y 2131.

2) responde por el hecho de sus sustitutos o ayudantes, de sus delegados. El Código Civil autoriza al mandatario para delegar, manteniéndose como responsable. Sólo se exonera cuando autorizado para delegar, delega en persona capaz y solvente y cuando el mandante designa a la persona del delegado (arts. 2135 y 2137), como cuando el paciente elige al cirujano de la clínica.

3) responde por el hecho de terceros que son subordinados suyos o que están sometidos a su vigilancia. En el Código Civil encontramos varios preceptos que permiten afirmarlo, sobre la base de que ha incurrido en culpa ya que ha sido negligente en vigilar las actuaciones de sus subordinados (arts. 1925 y 1926; 2242; 2015, inc. 3º; 2000 inc. 2º). Es discutible la responsabilidad del establecimiento, derivada de la culpa profesional de médicos funcionarios suyos. El médico, por funcionario que sea, conserva plena autonomía respecto de sus actuaciones como tal. No es posible responsabilizar al establecimiento, en todos los casos, por actos u omisiones suyos, negligentes, descuidados o imprudentes.

El problema es de sumo interés tratándose de la actividad médica moderna, ejercida en Clínicas que ocupan numeroso personal en el cuidado, curación y atención de enfermos o ejercida por equipos médicos constituidos por varias personas, o por intermedio de empresas de salud. Es posible que la actuación culpable de los empleados de la empresa constituya culpa de ésta. Pero deben excluirse los casos en que ese personal actúe bajo las directivas del médico tratante o cirujano, lo que produce una traslación de la subordinación.

Es necesario tener presente, además, que no todos los médicos de un mismo equipo que trata o interviene a un en-

fermo son dependientes unos de otros o responden de los hechos de los demás. Basta un ejemplo para demostrarlo.

La cirugía del corazón o del cerebro o la de extirpación de tumores desarrollados exige la actuación de varios especialistas, con diferente formación y experiencia profesional fuera del cirujano (v. gr.), sus ayudantes, anestésista, anatomopatólogo, cardiólogo, radiólogo, bioquímico y otros, según los casos. El cirujano que interviene no puede conocer los detalles de la aplicación de las varias técnicas de los que actúan. Algunos o todos los que intervienen o colaboran son médicos especialistas del más alto nivel técnico, llamados a veces a decisiones propias de quien dirige. En muchos casos, por tanto, la culpa o negligencia de uno de ellos no puede atribuirse a todos, si no es imputable a los demás. El error o el descuido del anatomopatólogo no puede imputarse al cirujano, que obedecerá la indicación del primero, sin incurrir en culpa. Lo mismo puede ocurrir con el descuido del anestésista, cuya culpa no puede atribuirse a los demás médicos que intervienen. En otras palabras, la culpa, la negligencia, el descuido, la conducta reprochable suele ser personal, en estos casos. Así lo dio a entender nuestra Corte Suprema, en la sentencia de 1984 a que ya aludimos. Condena al Hospital y al anestésista, eximiendo a la matrona, ya que su función no era la de anestesia y la vigilancia de la enferma mientras duraba su inconsciencia. Bien condenado el Hospital por haber confiado la anestesia a un estudiante¹².

¹² En el ejercicio colectivo, en que actúan varios profesionales médicos a la vez y en el cual puede verse involucrada una empresa de salud o una clínica privada, en principio no existe acción solidaria en contra de todos o de cualquiera de ellos, cuando la infracción contractual y la culpa no pueden imputarse a uno de ellos solamente (arts. 1511, inc. 1º y 1526, inciso 1º). Pareciera que la obligación de esos profesionales y de la empresa de salud o de la clínica debe considerarse indivisible, ya que tiene un fin único: que el enfermo sane o mejore.

En todo caso, en materia contractual, la responsabilidad habiendo varios in-

Tal obligación no pueden cumplirla por partes los varios deudores. Si la infracción proviene de culpa de todos o no puede imputarse la culpa sólo a uno de ellos, la indemnización sólo es exigible a cada uno por su cuota (art. 1553). Si puede imputarse la culpa a uno de ellos, v. gr., anestesista, anatomopatólogo u otro, la indemnización la debe íntegramente el culpable (arts. 1553 y 1554).

fractores culpables nunca es solidaria, por aplicación de los artículos 1511 y 1526, inciso primero del Código Civil. En materia delictual, en cambio, es solidaria, como veremos, y de ahí el interés de quienes reclaman indemnizaciones en derivar los casos hacia la responsabilidad delictual.

NOTA. Las referencias bibliográficas se entienden hechas a "El Contrato de Atención Médica", del mismo autor, publicado en el volumen XVI N° 1 (mayo de 1989), pp. 7 ff. de esta Revista.