

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL PERÚ. ASPECTOS BÁSICOS

Juan Carlos García Huayama¹

Fecha de publicación: 01/11/2015

Sumario: 1.- Evolución histórica. 2.- Incremento de demandas de responsabilidad civil contra médicos y establecimientos de salud. 3.- Efectos negativos y positivos del incremento de demandas por responsabilidad civil médica. 4.- Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. 5.- El contrato médico. 6.- ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva? 7.- Responsabilidad civil de la estructura sanitaria. 8.- Responsabilidad civil del equipo médico. 9.- responsabilidad colectiva de los integrantes del equipo médico. 10.- El artículo 1762 del código civil: limitación de la responsabilidad profesional. 11.- Invalidez de los pactos anticipados de exclusión o exoneración de responsabilidad. 12.- Bibliografía.

¹ Fiscal Provincial Titular de la Segunda Fiscalía de Familia de Chiclayo. Magister en Derecho Civil y Comercial; Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Piura. Correo electrónico: juancarlosgh1@hotmail.com

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Cualquier tratamiento médico puede llegar a ocasionar resultados lesivos a los bienes más preciados de todo ser humano: la salud, integridad personal y la vida misma. Esto ha conllevado a que desde los primeros momentos de la civilización la actividad profesional médica tuviese reflejo en el Derecho.

Así, en Mesopotamia se exigió formalmente responsabilidad al médico por los errores cometidos en el ejercicio profesional. A través del Código de Hammurabi (2400 a.C), se castigaba severamente a éstos cuando erraban en el tratamiento realizado a su paciente. El indicado cuerpo normativo establecía:

Precepto 218: *“si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, que le corten las manos”*.

Precepto 219: *“si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo”*.

Precepto 220: *“si el médico ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo pagará la mitad del precio del esclavo”*.

Como se aprecia de los preceptos antes citados, el Código de Hammurabi distinguía dos tipos de responsabilidad según los daños fueran provocados a una persona libre o a un esclavo. En el primer supuesto, esto es cuando la lesión o muerte se provocaba a una persona libre -según lo dispuesto por el precepto 218-, existía una responsabilidad de naturaleza penal, estableciendo castigos físicos gravísimos para el médico infractor (amputación de las manos). En cambio, cuando se trataba de daños a un esclavo, las consecuencias eran puramente económicas o patrimoniales, ingresando en el campo de la responsabilidad civil propiamente dicha².

En Egipto los médicos pertenecían frecuentemente, a los grandes colegios sacerdotales y disfrutaban de iguales prerrogativas que la casta sacerdotal, siendo los templos los lugares preferidos para el desempeño de

2 RODRIGUEZ LÓPEZ. Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Editorial Bosch, junio de 2004, p. 20.

la actividad médica. En este contexto, había la tradición de castigar al médico cuando se apartaba del cumplimiento de las normas que recogía el Libro Sagrado -a través de las cuales se regulaba la actividad de los médicos- y, aunque el enfermo se salvase, comprobada la existencia de una indebida actuación, se le imponía penas variadas, inclusive la muerte.

El Libro Sagrado de los egipcios contenía un código ético que obligaba al médico a poner todos sus conocimientos al servicio del paciente para su pronto restablecimiento; y le prohibía el uso de sustancias peligrosas. Si bien es cierto, estos preceptos no tenían carácter jurídico, el respeto a su contenido era norma de comportamiento desde el punto de vista ético. Quizá por ello, su prestigio trascendía fronteras y no puede sorprendernos que los reyes persas Ciro y Darío eligieran médicos egipcios³.

En este tiempo y lugar, la consideración social de la clase médica era destacable. Era costumbre eximirles de tributos y sostenerlos mediante los fondos públicos, recibiendo sólo regalos de los enfermos; pero la exigencia de responsabilidad, conforme a las antedichas normas, era algo incuestionable.

En Grecia se produjo el paso definitivo de una medicina meramente empírica, con tintes mágicos y divinos, a una medicina eminentemente técnica, basada en la experimentación y el estudio racional, aplicando un método científico. Su ejercicio era libre y existían distintos tipos de médicos en función al grado de formación adquirida y del lugar en que practicaban la profesión (médicos técnicamente formados –de escuela-, médicos públicos –contratados por la ciudad para el cumplimiento de funciones asistenciales o forenses-, esclavos médicos –que bajo la dirección de un superior practicaban la medicina en las formas más rudas y atendían a los más pobres-, los médicos contratados para cometidos especiales –en los teatros, milicias, circos-). Si el Código de Hammurabi constituyó el primer gran hito normativo en relación con la responsabilidad médica, parece que el segundo documento más importante, desde un punto de vista cronológico, es el Juramento Hipocrático, que posee normas de naturaleza ética. No es una norma jurídica, aunque sí ha tenido influencia a lo largo de la historia en la determinación de la responsabilidad del médico, incluso actualmente sigue constituyendo la base deontológica universal del ejercicio profesional de la medicina⁴.

3 BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, p. 29.

4 RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. *Responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico sanitarias*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 38 y 39.

Entre los griegos había también un tratamiento riguroso ante el presunto error médico. Se cuenta que en el mandato de Alejandro Magno se estableció la pena de crucifixión para el médico que abandonase libre y voluntariamente a un enfermo. Esta sanción le fue impuesta a Glauco, médico de Efesio, por haber dejado sucumbir a un paciente como consecuencia de una infracción dietética, mientras el médico se encontraba en un teatro⁵.

Es en Roma donde se destacó claramente una verdadera plasmación jurídica de lo que hasta entonces no había pasado de ser preceptos deontológicos. En los textos romanos aparecen temas puntuales tales como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional, el abandono del enfermo por el galeno una vez comprometido en su curación, etcétera⁶.

La Ley Aquilia protegía a los pacientes de la negligencia o imprudencia de ciertos médicos a través de normas básicas sobre el concepto de responsabilidad. Asimismo, admitía que la relación médico-paciente era una forma de arrendamiento de servicios, un contrato consensual de uso frecuente, de gran utilidad práctica y para el cual no se exigían formalidades especiales, pudiendo manifestarse el consentimiento por cualquier medio.

Destacan también la obra de Justiniano (482-465 d.C.) y el Digesto (año 529 d. C). En ellos se consignan distintas penas según el grado de responsabilidad. La negligencia médica era considerada como un acto criminal y se castigaba con graves penas⁷. El Corpus Iure Civile de Justiniano establecía lo siguiente:

Ley VI, libro I, título XVIII, inciso 7: “Así como no debe imputársele al médico la suerte de la mortalidad, así debe imputársele lo que cometió por impericia: el delito del que engaña a los hombres en el peligro no debe quedar sin castigo por el pretexto de la fragilidad humana”.

Ley IX, libro IX, título II: “...en el caso de que una comadrona administrare un medicamento, y de resultas de ello muriere una mujer; se distingue, que si realmente lo propinó o aplicó con sus manos, se reputará que ella fue la que mató, mas si lo dio para que la mujer se lo tomase ella misma, deberá darse la acción in factum, cuyo dictamen es verdadero, pues más bien que matar fue causa de la muerte. Si alguno por medio de la fuerza o el halago hubiese administrado a otro un medicamento, ya fuere

5 MEIRELLES GOMES, Júlio César y otros. *Error médico*. Editorial IBdeF, Montevideo, 2002, p. 32.

6 RODRIGUEZ LÓPEZ, Pedro. Ob. cit., p. 22.

7 URRUTIA, Almícar. *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2010, p. 71.

en poción, ya en lavativa, o si lo ungió con alguna sustancia nociva, queda sujeto a la ley Aquilia, del mismo modo que lo de la comadre cuando es ella la que hace la aplicación”.

La Edad Media supuso un regreso, en cierto modo, a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, no sin abundantes connotaciones religiosas. En esta etapa los monasterios fueron los lugares donde se conservó el saber médico, con escasos avances científicos, y con cierto retroceso respecto a épocas anteriores en lo que a la concepción del profesional médico se refiere. Esta última afirmación se entenderá al constatar que el “sacerdote médico” va a prevalecer sobre el médico seglar. Si bien con unas características distintas a aquellas que marcaban el ejercicio de la medicina en las culturas arcaicas, vuelve a vincularse esta profesión a lo religioso. Así, por ejemplo, la Regula de San Benito, tras numerosas argumentaciones bíblicas, dice “ha de ser obligación personal y moral del abad-médico el que los enfermos no sean descuidados en ningún momento, sea cual fuere su estado y condición”.

En América, el primer caso de responsabilidad médica -a decir de Luis Alberto Kvitko⁸- acaeció en la ciudad de Córdoba-Argentina, el 26 de julio de 1598. Cuando el comerciante español Pedro Sánchez de Valenzuela se presentó ante el Gobernador de la ciudad, Antonio de Aguilar Vellicia, para denunciar al médico Ascencio Télles de Rojo, quién había tratado a nueve de sus esclavos por estar enfermos, de los cuales habían fallecido cinco. Valenzuela exigió la indemnización por la muerte de cada esclavo debido a la mala praxis del médico, quién en lugar de darles calor como necesitaba su patología, prescribió que les dieran frío y que les hicieran dos sangrías por día cuando en realidad esto nunca debió ocurrir. En la demanda se expuso: “Me visitó unos negros, diciendo que no se moriría ninguno, y curándoles contrariamente a la enfermedad que tenían, me mató cinco de ellos, no teniendo título ni recaudo bastante para poder curar en medicina. Me es deudor y está obligado a pagarme los cinco negros que me ha muerto, que su justo valor era de dos mil pesos corrientes”. El accionado a su vez, contestó diciendo que la causa de la muerte de los esclavos había sido “el no darles de comer ni vestirlos en la forma y manera que él le había indicado a Sánchez. Los había tenido en el suelo, desnudos, sin ningún regalo y sin querer hacerles lo que la enfermedad pedía. En tres visitas que él hizo a los enfermos, dióle dichas instrucciones y en vista que

8 KQUITKO, Luis Alberto. *Primer caso de responsabilidad médica en América (Córdoba, Argentina, año 1598). Y consideraciones médico legales y jurídicas (consultado el 20/05/2015), formato pdf, disponible en <<http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v7-8n2-1/07Kvitko%20primer%20caso.pdf>>.*

no las practicaba, él cobrole sus honorarios, sesenta pesos así por visitas como por medicamentos suministrados, y Sánchez habíase negado a pagarlos...”.

En nuestro país -según indica Edén Galán-Rodas⁹-, durante el periodo pre-colombino la medicina tradicional fue empírica, basada en un enfoque mágico religioso, así como también lo fue en la medicina tradicional Maya y Azteca, donde se culpaba al espíritu de las afecciones que se padecían, intentando extraer dichos espíritus por diversos medios, siendo el más conocido la sangría. Se conoce que hay diversas patologías que fueron reconocidas durante esta época, como la epilepsia, hecho descrito y publicado en las crónicas de Felipe Huamán Poma de Ayala. Otras enfermedades tales como tétanos, parálisis facial, diversas alteraciones óseas y hasta el mal de Pott, fueron objeto de estudio e interés entre los primeros investigadores de la medicina peruana. Uno de los hallazgos más importantes de los restos humanos, en especial de las momias fueron las trepanaciones craneanas que fue una técnica que se practicó con regular éxito en muchos grupos étnicos en todo el mundo.

De todas las culturas precolombinas en el Perú, fue la cultura Paracas la que desarrolló con mayor éxito este tipo de alta y compleja cirugía. Para operar, se anestesiaba al paciente con coca o alcohol, luego se procedía a cortar el cuero cabelludo hasta llegar al cráneo y se delimitaba el área a cortar marcando el perímetro. Se han descrito que para cortar el cráneo utilizaron la obsidiana (piedra volcánica), curetas de dientes de cachalote, el Tumi, entre otros instrumentos. Se extraía el área afectada, teniendo mucho cuidado, se limpiaba y tapaba la zona con una placa de oro y por último se colocaban los vendajes con finos algodones propios de la zona.

El Tumi fue uno de los instrumentos quirúrgicos más utilizados para llevar a cabo las trepanaciones craneanas, lo que ha influido en la simbología médica contemporánea, por eso actualmente en el Perú la silueta de un tumi se encuentra en los logotipos de instituciones médicas del país, como el Colegio Médico del Perú, que es la institución representativa de todos los médicos cirujanos que ejercen la profesión médica en el territorio peruano, y cuyo emblema es un disco circular de fondo color morado que contiene la representación del "Tumi" dorado, rodeado en la parte inferior de la leyenda "Colegio Médico del Perú" y en la parte superior, por una línea circular, ambas de color dorado; siendo utilizado como emblema oficial de la institución, y sirve de base para la

9 GALÁN-RODAS, Edén y otros. *Historia del Tumi: Símbolo de la Medicina Peruana y del Colegio Médico del Perú* (consultado el 14/07/2015), disponible en formato pdf, en <<http://www.scielo.org.pe/pdf/amp/v29n1/a14v29n1.pdf>>.

confección de las insignias y distintivos para uso de los miembros de la orden.

En la época incaica el médico tenía una presencia reconocida, como queda establecido según la cita de Garcilaso respecto a la declaración del inca Pachacútec: "...el médico o herbolario que ignora las virtudes de las hierbas o que sabiendo las de algunas no procura saber las de todas, sabe poco o nada. Conviene trabajar para conocerlas todas, así las provechosas como las dañosas, para mantener el nombre que pretende". Se denominaba Ambicamayoc al médico que con autorización del Inca accedía a honorarios, como de oro, plata, pescado, maíz, por su trabajo. Estaba controlado el ejercicio del mismo en el Tawantinsuyo. Siendo sus características las siguientes: "usan cabello largo, camiseta de algodón, (cumbi) blanca, estrecha y larga, encima una manta por capa anudada al hombro derecho con algodón y lana de colores de borda...".

La modalidad para acceder a estado de médico era variable: en ocasiones era elegible por sucesión de padre a hijo; los ministros o curacas podían también elegirlo. Asimismo, por elección de los dioses, por el Ayllu, por los jefes respectivos y por herencia. Por elección del propio sujeto al que le admitían propiedades sobrenaturales, derivado de poseer un defecto físico lo que era proclive para una atracción mágica. La praxis era rigurosa para llegar a ser médico sacerdote.

Entre las denominaciones, el más difundido era el Hamicamayoc, o chuksi hampicamayoc, como personaje de la medicina. Siendo el Sirkak el equivalente al cirujano, que trata las fracturas luxaciones y sangrías. Eran respetados, recibían grandes favores de la gente y gozaban de muchos privilegios sociales, curaban con hierbas, polvos y aguas. Pero si mataban a un paciente por ignorancia, eran quemados y enterrados junto al hombre a quien hubieran matado¹⁰.

2. INCREMENTO DE DEMANDAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRA MÉDICOS Y ESTABLECIMIENTOS DE SALUD.

La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional¹¹. Al igual de lo que

10 DEJO BUSTÍOS, Hugo A. Apuntes de salud y medicina del Perú Antiguo. Antología. Nóstica Editorial EIRL, Lima, 2008. pp. 23 y 24.

11 La responsabilidad civil profesional como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad civil en general no resulta pacífica, destacada doctrina nacional señala que "la responsabilidad profesional no es una situación jurídica con características

sucede con la responsabilidad por daños ambientales o la generada por productos defectuosos, la responsabilidad civil de los médicos y establecimientos de salud ha cobrado un desarrollo notable en los últimos años debido a los bienes jurídicos que pueden verse afectados en un determinado momento, entre los que se encuentra el bien máspreciado del hombre: la vida.

Como sostiene Vázquez Ferreyra, si revisamos en cualquier repertorio de jurisprudencia que tenga más de cuarenta años, difícilmente encontraremos algún fallo -absolutorio o condenatorio- en el cual se ventilen cuestiones referidas al accionar de los profesionales de la salud, sin embargo, en la actualidad el panorama ha cambiado radicalmente, toda vez que las demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos de salud son abundantes, tanto así que no se ha dudado en calificar dicha situación como la “*fiebre de la responsabilidad médica*”¹². No se puede negar que la Medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas a acciones de indemnización por daños y perjuicios.

Según nuestra opinión, no es que ahora los médicos actúen con mayor negligencia que años atrás, sino que han surgido diversas causas para este notable incremento de demandas por responsabilidad civil:

a) Se ha extinguido la visión casi mítica que se tenía del médico:

Durante muchos años el médico fue considerado como un ser superior que casi nunca podía equivocarse y, si algo malo le ocurría al paciente, la situación era recibida como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad del destino, pensamiento fundado obviamente en que la enfermedad tiene un origen divino, o en sentido más amplio, supranatural¹³.

Al respecto Fernández Sessarego expresa lo siguiente: “durante siglos el paciente tuvo una visión casi mítica de la figura del médico. Se le consideraba como una especie de sacerdote, portador de poderes mágicos. El enfermo depositaba en él toda su confianza. Por ello, ignoraba o,

suficientemente importantes como para aislarla de la responsabilidad general y darle una entidad conceptual propia. Lo que hay es la responsabilidad a secas, que comprende a profesionales y a no profesionales. Es por ello que puede decirse que la responsabilidad profesional no existe” (DE TRAZEGNIES GRANDA. “La responsabilidad profesional no existe”. En: *Responsabilidad civil. Derecho de daños*”. Tomo V, Editorial Grijley, Lima, 2006; pp. 359-360).

12 VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. *La responsabilidad civil de los médicos (consultado el 21/05/2015), formato pdf, disponible en* <www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf>.

13 RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. Ob. cit., p. 54.

conociéndolo, nunca discutía el tratamiento terapéutico que se le proponía, así como tampoco lo hacía en relación con sus resultados exitosos o con sus fracasos. Si el resultado del tratamiento no le era beneficioso, la resignación era el sentimiento que experimentaba el enfermo frente a este hecho. Nunca se le atribuía al médico culpa alguna por los daños ocasionados al paciente. Ellos, en todo caso, se consideraban como un mandato del destino. De ahí que se carezca de noticias sobre reclamos o acciones de cualquier tipo interpuestas por los pacientes contra los médicos, incluyendo los judiciales”¹⁴.

Hoy nos sorprendemos ante las invocaciones que hace medio siglo realizaba el ilustre médico y humanista español Gregorio Marañón a ese cuento de Turguenef, en que el médico “al salir íntimamente aterrado por la certidumbre de haber dejado morir a su enfermo -un niño- al que no había diagnosticado bien, recibe, en la puerta, un apretón de manos de gratitud de la llorosa madre, convencida de que su hijo murió porque así fue la voluntad de Dios”¹⁵.

Debido a la visión que en otros tiempos se tenía del médico, nadie se atrevía a cuestionar, confrontar o a dudar de un diagnóstico y mucho menos llevar a su galeno a los estrados judiciales, porque la confianza de los pacientes en su médico era prácticamente total y la profesión médica disfrutaba de un aura de casi santidad, o mejor, sacralidad¹⁶.

El hombre de hoy sigue confiando al profesional la cura de su salud física y psíquica, pero ya no mitifica ni sacraliza la profesión, sino que cada vez exige al profesional conocimientos más especializados y profundos.

b) Desapareció la inmunidad que se otorgaba al facultativo producto de concebir a la Medicina como ciencia-arte:

Anteriormente se asumía que en la actuación médica existen factores importantes de álea o imprevisibilidad por los cuales el hombre no debe responder y cuyo juzgamiento escapaba a los magistrados. Se argumentaba que “en Medicina nada es matemático ni preciso y que pueden surgir variedad de situaciones no previstas de antemano que el médico ha de

14 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *La responsabilidad civil del médico y el consentimiento informado*. Editorial Motivensa, Lima, 2011, p. 52.

15 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 7.

16 LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho penal y responsabilidad médica*. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2007, p. 52.

resolver sobre el terreno, y que difícilmente las posibles faltas técnicas pueden ser juzgadas por tribunales de abogados”¹⁷.

Gregorio Marañón, en 1944, escribía lo siguiente: “¿Cuándo puede exigirse a un médico la responsabilidad por pura insuficiencia técnica? Repito que casi nunca (...). El enfermo, si se da cuenta de la insuficiencia profesional de su médico, está bien que recurra contra él; pero el juez que ha de atender su reclamación cometerá la más atroz injusticia si condena de plano al médico que ignora los diagnósticos y tratamientos elementales, y no a los profesores que le dieron el título, capacitándole para ejercer, con tal exiguo caudal de conocimientos, la Medicina (...). Un enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de la medicina y del médico mismo, como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma...”¹⁸.

En nuestros días no se niega la existencia de álea o imprevisibilidad en el acto médico, sin embargo, esta situación no exime en modo alguno al galeno de enfrentar acciones de responsabilidad cuando se advierte que ha incurrido en mala praxis en el ejercicio profesional.

c) Modificación sustancial de la relación médico-paciente:

Es innegable que el incremento de litigios contra los galenos también se debe a la modificación sustancial de la relación médico-paciente, consecuencia de la evolución de las relaciones sociales y la llamada “*masificación de la medicina*”, generada básicamente por la demanda cada día más creciente de prestación de servicios médicos, donde la atención personalizada que caracterizaba el ejercicio de la actividad médica -que se identificaba fundamentalmente con la figura del “médico familiar” o “médico de cabecera”-, ha sido sustituida por la llamada medicina social que responde a la necesidad de ampliar la prestación de servicios de salud a todos los sectores de la población¹⁹. Se ha pasado de un modelo en que el paciente era atendido a lo largo de toda su vida por un solo médico a otro modelo en que el paciente es vigilado por múltiples especialistas, como ocurre, por ejemplo, en los centros hospitalarios.

Se producido una cierta “despersonalización” de la medicina y esto provoca que la relación médico-paciente deje de ser una relación de confianza para dar paso a una relación jurídica, de corte mercantil. En otras

17 BLAS ORBÁN, Carmen. Ob. cit., p. 33.

18 MARAÑÓN, Gregorio citado por Ricardo Luis Lorenzetti. “La responsabilidad médica”.

En: *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo V, Editorial Grijley, Lima, 2006, p.133.

19 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *Estudios de Responsabilidad Civil*.

Universidad Externado de Colombia, mayo de 2003, p. 246.

palabras, el galeno ha pasado a ser un prestador de servicios y por consiguiente, el tratamiento que se le brinda ha saltado de un estrecho contacto social a una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones; y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del usuario a obtener una reparación por los daños ocasionados²⁰. El paciente en la modernidad, aparece como un acreedor de la prestación de salud, un consumidor anónimo de servicios médicos.

Igualmente los significativos avances de la Medicina han hecho necesaria la especialización, conllevando a que un mismo paciente sea atendido por múltiples profesionales, desconociendo muchas veces la identidad de los mismos, situación que también aceleró la extinción de la antigua relación de confianza que existía con el “médico de cabecera”, por tanto el paciente ahora no tiene el menor reparo o remordimiento en demandar a una persona que le resulta desconocida.

De otro lado, en antaño el paciente entregaba al médico poder absoluto de decisión en todo lo relacionado con su salud y éste aceptaba asumiendo una posición paternalista. El médico asumía el rol de padre y el paciente de incapaz ante aquél. El enfermo no decía nada, obedecía al médico con la convicción de que éste buscaría su bien según su propio criterio, por tanto lejos de existir intereses contrapuestos ambas partes persiguen un interés común. De ahí que la relación implicaría por su propia naturaleza una exclusión del derecho, un rechazo a la juridificación²¹.

Una relación así, basada en la desigualdad va dejando paso a un mayor equilibrio desde el momento que se reconoce al paciente como persona, titular de derechos, entre los que destacan la intimidad, la dignidad y, como manifestación de todos ellos, la autonomía de la voluntad, en una palabra, la libertad²². Se advierte pues una redefinición de esa tradicional relación médico-paciente, basada en una concepción paternalista, donde el paciente era el sujeto pasivo de la relación y por tanto el facultativo podía dispensarle el tratamiento que estimara más adecuado. Este modelo paternalista, se ha visto desplazado por el reconocimiento del paciente como titular de derechos y la creciente salvaguarda de su autonomía²³. Como consecuencia de dicha redefinición de la relación médico-paciente se desarrollará también por parte del derecho una tendencia conducente a un

20 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 30, marzo de 2001, p. 62.

21 PELAYO GONZALEZ-TORRE, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 12.

22 RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. Ob. cit., p. 54.

23 GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters, España, julio de 2010, p.11.

mayor control del ejercicio de esta actividad profesional, un control que va a ejercerse ahora desde una perspectiva relativamente nueva o al menos hasta ahora nunca tan desarrollada, la consideración de los pacientes como titulares de una panoplia de derechos específicos.

d) Mayor tendencia a cuestionar los servicios profesionales:

Se dice que la protección de salud cuenta cada vez con técnicas más complejas y sofisticadas, pero también más peligrosas que, por una parte, propician una exigencia quizá excesiva de los pacientes en este progreso y, por otra, generan mayores riesgos; a lo que se agrega que en muchos casos se divulga en medios de comunicación masivos los problemas médicos y sus soluciones con carácter triunfalista, lo que hace suponer al enfermo que la curación o resultado exitoso en cualquier tratamiento es un derecho.

Se evidencia la profunda metamorfosis que se registra en la mentalidad corriente respecto a resultados infaustos de las terapias, los cuales no se está dispuesto a aceptar con resignación. Por lo tanto, se ha registrado una confluencia paradójica de la originaria admiración suscitada por los extraordinarios progresos en el campo médico; admiración que se ha transformado primero en una suerte de pretensión a la curación y luego en un insuprimible deseo de venganza para la hipótesis de fracaso de los tratamientos²⁴.

Es curioso como los avances de la medicina contrastan con el notable incremento de demandas y denuncias de pacientes insatisfechos, que buscan resarcimiento económico. Parece una contradicción que la Medicina haya experimentado progresos espectaculares y hasta revolucionarios, pero al mismo tiempo los médicos generadores de esos cambios aparezcan profundamente cuestionados. Es una contradicción, medicina prestigiosa con médicos cuestionados²⁵.

Este fenómeno ha sido observado agudamente por Almícar Urrutia al remarcar que “la medicina actual presenta una verdadera paradoja; a la par que ha evidenciado notables logros, tanto en la faz del diagnóstico (apoyada en modernos y complejos recursos tecnológicos) como en la terapéutica (sustentada en nuevas y revolucionarias técnicas), quizás nunca antes sus protagonistas han estado tan expuestos a riesgos médicos-legales, a la amenaza de acciones judiciales y a un evento patrimonial adverso”²⁶.

24 PARADISO, Massimo. “La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*, César Moreno More (Coordinador). Ediciones Legales, 2015, p.629.

25 Citado por URRUTIA, Almícar. Ob. cit., p. 28.

26 Idem.

El progreso de la medicina ha socavado sus mismos cimientos, al elevar las expectativas de los pacientes y sus familiares sobre el éxito de toda terapéutica, no aceptándose en nuestros días como naturales los resultados lesivos o letales de un tratamiento o el desenlace fatal de una enfermedad; tras estos resultados, emerge la sombra –real o imaginaria- de una presunta mala praxis médica²⁷.

Hoy en día -sostiene Akida-, después de importantes avances y progresos milagrosos realizados en el campo de dominio de la medicina, los pacientes se rehúsan a creer que su caso no tiene solución y rehúsan con toda la fuerza de su convicción interna los panoramas o diagnósticos demasiado pesimistas. Así las cosas, los pacientes de esta nueva generación tienden a creer que cualquier fallo o error en el diagnóstico se debe a la imprudencia o la negligencia del médico, y no dudan ni por un instante en llevar su caso ante las instancias judiciales con el objeto de obtener un resarcimiento por el perjuicio sufrido²⁸.

Ante esta situación los usuarios de los servicios de salud debemos comprender que los profesionales del arte de curar no son dioses o magos que poseen la facultad de devolvernos la vida y la salud como si fuera un asunto de mundos encantados. No, ellos son seres humanos que prestan sus servicios dentro de una serie de condiciones y limitaciones que muchas veces impiden lograr los objetivos. Por eso se debe hacer la distinción entre las categorías de errores, pues no todos pueden generar responsabilidad jurídica; también debe diferenciar los daños directos y los colaterales que puedan producir los diferentes procedimientos y, en fin, se debe distinguir una serie de aspectos que nos obligan a ser más cautos, prudentes y ponderados en nuestras apreciaciones sobre esta materia, pues no debemos responsabilizar a todo médico por el solo hecho de no obtener la curación del paciente. Si lo hiciéramos destruiríamos en ejercicio de una de las disciplinas que más beneficio le ha reportado a la humanidad; un logro de tal naturaleza, no podría degenerar sino decepción²⁹.

e) Deficiente situación en la que se encuentran los centros médicos públicos:

27 LOPEZ MESA, Macelo (Director). *Tratado de responsabilidad médica*. Editorial Legis, Buenos Aires, 2007, p. 8.

28 AKIDA citado por LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho penal y responsabilidad médica*. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2007, p. 53.

29 CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pp. 12 y 13.

En los establecimientos médicos estatales se somete a los galenos a una sobrecarga de tareas, saturación de pacientes y en condiciones inadecuadas, lo que excede el límite de sus posibilidades físicas para realizar un trabajo óptimo. Aunado a que el magro sueldo que muchas veces perciben -no acorde con la intensidad de trabajo realizado-, obliga a los profesionales de la salud ir de un centro hospitalario a otro sin tiempo suficiente para dedicar a sus pacientes, menos aún les alcanza para actualizarse o capacitarse, siendo una causa importante de varios errores médicos.

Woolcot Oyague indica que la deprimente situación en la que se encuentra la salud pública en el Perú aumenta el riesgo de ocasionar daño a los pacientes, debido a que gran parte del trabajo del médico depende de las condiciones y de la infraestructura en que desarrolla su actividad; destaca entre los principales problemas de nuestro sistema de salud a los siguientes:

- Los hospitales reflejan la realidad del país, lo cual explica sus limitaciones en cuanto a infraestructura y equipos, sin capacidad para renovar éstos y contar con nueva tecnología, pues han quedado obsoletos, aumentando el riesgo de que los pacientes afronten complicaciones en su salud.
- Las instituciones públicas de salud no cuentan con suficientes recursos humanos para una correcta atención y servicio; hay sobreoferta de pacientes. A menudo el número de quienes requieren atención médica sobrepasa las posibilidades de los centros de salud y el déficit de personal médico hace que el trabajo en los hospitales sea recargado. Tampoco existe suficiente personal paramédico de apoyo. Los pacientes de los médicos que realizan guardias, en ocasiones son trasladados a otras instituciones, pues exceden toda capacidad de atención.
- Si bien el médico intenta dar una información personalizada en los centros de salud públicos, respetando en todo momento el consentimiento informado, muchas veces no tiene tiempo para brindar la adecuada información al paciente y obtiene ese consentimiento sólo en los casos de riesgo.

Ante esta realidad, es obligación del Estado realizar de manera urgente una adecuada política de prevención de las posibilidades de daños con ocasión de la actividad médica, lo cual supone dedicar tiempo e inversión en medicina preventiva; mejorar los establecimientos de salud; contar con buena infraestructura, equipos y material; aumentar el número y calidad del personal, capacitarlo permanentemente y contar con recursos para ofrecer

atención de calidad; evitar al médico la sobrecarga de pacientes; fijar adecuadas horas de trabajo al personal médico y pago también adecuado; efectuar estudio de los daños que se producen en un establecimiento de salud, para crear estrategias que reduzcan las posibilidades de riesgo; contar con normas y protocolos de todos los procedimientos médicos y apoyo social adecuado y, finalmente, tener una mejor formación universitaria.

Empero, frente a las carencias expuestas queda claro que en la realidad el Estado -en lugar de realizar una adecuada política de prevención-, ha asumido una “política del incumplimiento eficiente”, es decir, prevé que el costo de pagar indemnizaciones es menor que la inversión que debe hacer para que el hospital público y el desempeño profesional que allí labora sea eficiente³⁰.

f) Otras causas:

También se menciona como otras causas del incremento de acciones que persiguen la reparación de daños ocasionados a pacientes, la menor tolerancia frente a los riesgos de la vida; el hedonismo generalizado que hace rechazar el dolor y el sufrimiento; o incluso, la codicia de algunos abogados inescrupulosos que plantean reclamaciones cada vez más absurdas, alentando los ánimos del dolor y, en un trasfondo de especulaciones económicas, estimulan la acción judicial³¹, no importándoles la trascendencia de sus acciones, como el deterioro del prestigio del médico debido a que frecuentemente la demanda se hace pública, lo que a su vez repercute en el número de pacientes (nadie acude a visitar a un médico desprestigiado) y, también acarrea consecuencias negativas en el ámbito familiar y laboral del galeno al cuestionarse indebidamente su capacidad profesional e integridad personal. Todo el esfuerzo de años de estudio y trabajo se desvanece ante sus propios ojos, experimentando resentimiento y considerando a los pacientes como enemigos potenciales para ser demandado.

El tema bajo análisis desborda el campo estrictamente patrimonial, pues, además de la indemnización, lo que también se encuentra en juego es el propio honor profesional, la autoestima y el prestigio del accionado. Y

30 GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Responsabilidad de obstetras y ginecólogos, laboratorio y director técnico e investigadores en medicina*. Derecho médico Vol. 5, Nova Tesis, Argentina, 2000, p. 213.

31 TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio. “*Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales (consultado el 10/05/2015), formato pdf, disponible en: <<http://www.blog.pucp.edu.pe/item/256700>>*.”

muchas veces es este prestigio y honor profesional el único o principal “capital” con el que cuentan los profesionales del arte de curar³².

3. EFECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS DEL INCREMENTO DE DEMANDAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

El lado positivo es que en la actualidad, las relaciones entre el médico y paciente no implican sumisión, pues el nivel de confianza entre ellos debe construirse. Para ello se requiere no sólo la disposición del médico para lograr generar en el paciente un sentimiento de protección y de respeto por sus conocimientos, sino también un mínimo de tiempo y dedicación, aunado a una actitud humana para edificar una relación ideal que sin duda facilitará la eficacia del tratamiento. En este aspecto el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú señala que “el médico debe relacionarse con el paciente en igualdad de condiciones respecto de su condición humana, en forma tal que supere el paternalismo tradicional, lo cual no implica que abdique de su competencia profesional” (Artículo 64) y que debe “proporcionar al paciente una atención cuidadosa, exhaustiva, completa, tomando el tiempo necesario de acuerdo a la naturaleza del problema clínico. No debe actuar de modo apresurado e irresponsable en detrimento de la calidad de la atención” (Artículo 66).

Aun en la diaria y congestionada prestación de los servicios de salud no se debe perder de vista que el paciente es un sujeto de derechos y de obligaciones y no un objeto; que es un ser humano con una vivencia propia de su realidad histórica, y no una máquina descompuesta.

Resulta entonces indispensable que el paciente no sea tratado como un mero sujeto pasivo de la medicina, o la materia prima del ejercicio profesional, sino como una persona, es decir, con humanidad³³. Esta necesidad se refleja en la magnífica ilustración poética denominada “soy una persona” de Gerson Pomp, la misma que a continuación se transcribe:

*Soy una persona
Doña enfermera,
señor Doctor,
escúchenme
por favor,
yo no soy el veintitrés*

32 VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2º Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, agosto de 2002, p.23.

33 LOMBANA VILLALBA, Jaime. Ob. Cit., p.42.

*ni el lupus erimatoso diseminado
mi nombre es Juan o María,
todo a su servicio.*

*No es miocardiopatía
que tenía en el corazón, es la vida vivida
con mucha emoción.*

*No es coronariopatía
mi padecer,
es tanta amargura
que no puedo olvidar.*

*No es por dolor
que estoy llorando.
Es que hoy he visto el sol nacer
y quedé pensando:
¿Cuántas veces esto todavía voy a ver?*

*Doña enfermera,
señor Doctor,
lo que me amarga,
quiero confesar,
es que me tratan como un caso más,
por favor, yo soy una persona.*

Además, la aceptación de la responsabilidad médica no destruye la iniciativa del médico ni paraliza el progreso. De hecho la responsabilidad sólo afectará a los médicos mediocres y no son ellos los que hacen progresar la ciencia médica. Y, por el contrario, la responsabilidad consolidará la buena reputación del médico, pues se castigará a los que obraron con negligencia, pero nunca se atentará contra los demás. El médico negligente, sabiendo las consecuencias de su falta, prestará más atención y ello redundará en beneficio de todo el cuerpo médico³⁴.

Pero la excesiva proliferación de procesos en materia de responsabilidad médica también trae efectos negativos, como es la desincentivación de algunas especialidades consideradas riesgosas (anestesiología, neurocirugía, obstetricia, etc.), disminuyéndola hasta tal punto que no sea suficiente para abastecer la demanda existente, es decir,

34 SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. Ob. cit., p. 247.

los pacientes pueden verse afectados por cierta negativa de algunos profesionales para intervenir en casos de alto riesgo.

Fernández Puente sostiene que “El gran peligro del incremento de demandas es el progresivo miedo a ejercer, especialmente en cirugía, donde ya se confunde el riesgo quirúrgico con el riesgo legal. Por ello es necesario evitar la tendencia que irá quitando al médico y al cirujano la voluntad de asumirlo. La profilaxis del miedo suprimiendo todo trato con pacientes de alto riesgo o de personalidad conflictiva es un seguro profesional indirecto, pero también un riesgo invertido porque desprotege o abandona al enfermo”³⁵.

Otro aspecto negativo que se genera es el aumento del costo de los servicios médicos, toda vez que los galenos se ven forzados a adoptar medidas de precaución como programas de diagnóstico y terapéuticos excesivos, el rechazo de casos difíciles, contratación de seguros, ejerciendo pues su profesión a la defensiva³⁶. No debemos perder de vista que “el ensanchamiento de la responsabilidad civil médica (...) entraña el riesgo de asfixiar en demasía la actividad de los profesionales sanitarios, abocándolos –de forma consciente o inconsciente- a la práctica de una medicina a la defensiva. Esto es, a una actividad profesional más preocupada por eludir eventuales responsabilidades que en dispensar el tratamiento más adecuado al paciente. Con lo cual se produciría el efecto perverso de que el excesivo celo en la protección jurídica del paciente terminará provocando una merma de su protección en el ámbito sanitario”³⁷.

La medicina a la defensiva puede herir mortalmente el alma de la relación médico-paciente en la medida que desvirtúa el carácter de camaradería natural en la promoción de la salud entre médico y paciente. Entonces ver al paciente o considerarlo, a priori, como enemigo potencial o reclamante futuro, es lesionar por anticipado una relación de afecto y beneficencia. Esto significa interponer entre las partes un clima de

35 FERNANDEZ PUENTE, Manuel. “Aspectos históricos de la responsabilidad médica”. En: *Revista Chilena de Cirugía*. Vol. 54 – N° 6, diciembre de 2002; p. 564.

36 Ejercicio de la profesión médica a la defensiva es “aquella que el médico o grupo de médicos desarrollan por el miedo a cometer un error de diagnóstico, y que se caracteriza básicamente, por un retraso en la aplicación de un tratamiento, por la solicitud de pruebas e interconsultas con otros compañeros de forma serial y exagerada” (PORTERO LAZCANO, Guillermo. “Responsabilidad penal culposa del médico: fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, Dic. 2001-Jun. 2002, p. 90).

37 GARCÍA GARNICA. Ob. cit., p. 13.

sospecha a priori, incompatible con la relación abierta y fraterna de la medicina volcada al acto solidario más relevante³⁸.

En Estados Unidos, por ejemplo, “la proliferación de juicios por *malpractice* está generando una medicina a la defensiva. Los médicos por temor a sufrir las consecuencias de las acciones legales de sus pacientes, ordenan a éstos la realización de tratamientos adicionales, copiosos análisis, pruebas, etcétera, circunstancias que aumentan considerablemente los costes. Amén de ello, en el aspecto humano el fenómeno reseñado resulta negativo para la relación médico-paciente, pues el facultativo ve siempre en el enfermo un futuro pretensor ante los tribunales, y con ello se erosiona el clima de confianza que debe presidir la mencionada relación, connotada por un profundo significado humano”³⁹.

En el citado país se han elevado de manera considerable las primas de seguro, y esto ha inducido a muchos médicos a abandonar la profesión. Se ejemplifica con el caso de un ginecólogo de Provincetown, “que se dedicó a trabajar en la especialidad durante veinticinco años y que debió cerrar las puertas de su clínica por los motivos indicados (...). El elevado coste de las primas de seguro mencionado, que aumenta a razón de un treinta por ciento anualmente, ha influido para que muchos médicos – especializados en obstetricia- decidieran dejar de asistir a los partos o, derechamente, rechazaran la atención de pacientes que pudiesen presentar complicaciones o dificultades”⁴⁰.

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA:

El Código Civil de 1984 establece un sistema dual de responsabilidad, manteniendo como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La terminología hace suponer que el criterio distintivo de estos dos tipos de responsabilidad es el contrato; sin embargo, el criterio utilizado por el Código sustantivo para distinguir las dos zonas de la responsabilidad civil es la relación obligacional y no el contrato, por lo cual debería hablarse correctamente de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad extraobligacional”⁴¹.

38 MEIRELLES GOMES, Júlio César y otros. Ob. cit., p.186.

39 BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, febrero de 2010, p. 37.

40 Idem.

41 SEDANO VASQUEZ, Duncan. “La responsabilidad civil médica en el Perú”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 36, julio de 2000, p. 45.

Responsabilidad obligacional es la que genera la obligación de reparar el daño, por el incumplimiento de un deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica obligatoria”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo⁴².

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC se ha pronunciado al respecto, señalando que “la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual”.

Durante muchos años se discutió acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica. En Francia hasta antes del 20 de mayo de 1936, el problema de la responsabilidad civil profesional se situó en el terreno delictual, con fundamento en lo establecido por los artículos 1382 y 1393 del Code Civil. Recién desde la fecha antes citada la tendencia comenzó a volcarse masivamente a favor de la tesis contractualista, como regla genérica del deber de responder⁴³.

En la actualidad no existe controversia en cuanto a que, como regla general la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo contractual. “Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

42 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, junio de 2001, p.27.

43 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 06.

Normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; ésta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal, un contrato de asistencia médica⁴⁴.

Uno de los pocos defensores contemporáneos de la tesis de la responsabilidad extracontractual de los médicos es el jurista argentino Guillermo Borda, quién alega que la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato; es decir, que el deber de responder se desenvuelve en el terreno extracontractual; agregando que si bien en ocasiones existe consentimiento recíproco en la prestación de salud, el paciente tiene derecho a no continuar con el tratamiento por diversas causas (sea porque le resulta molesto, porque no quiere o no puede gastar en remedios o, inclusive por puro capricho), por tanto, no resulta posible admitir la existencia de un contrato si cada una de las partes está en la posibilidad de resolverlo libremente⁴⁵. También se invocaba como argumentos a favor de la extracontractualidad los siguientes: a) el carácter intelectual del trabajo se opone a la existencia de un contrato entre el profesional y su cliente; b) tales contratos serían nulos por recaer sobre derechos de la personalidad y c) la actuación del galeno comporta un deber de altruismo, el ejercicio de la medicina al igual que el sacerdocio, resultaba ajeno a los pactos y divorciado de los contenidos económicos.

A nuestro parecer, no hay duda que por regla general, se celebra entre médico y su paciente un contrato y, consecuentemente, la responsabilidad emergente será de esa índole. No obstante, también reconocemos que existen diversas situaciones en que la responsabilidad del galeno tendrá naturaleza extracontractual, como son las siguientes:

a) En el caso que el paciente fallezca como consecuencia de la atención médica y quienes reclamen sean los familiares, la acción que éstos ejerciten se considera como *iure proprio* y no *iure hereditatis*, nacida en su propia cabeza y en virtud del daño que a ellos les causa la muerte del enfermo, por tanto, la demanda se encaminaría por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, por ser los parientes del fallecido extraños a la vinculación contractual médico-paciente.

b) Servicios prestados espontáneamente en casos de urgencia o servicios requeridos por un tercero, distinto del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria, como puede suceder en aquellos

44 LOPEZ MESA, Marcelo (Director). *Tratado de responsabilidad médica*. Editorial Legis, Buenos Aires, 2007, p. 19.

45 Citado por LORENZETTI, Ricardo Luis. Ob. cit., p. 14.

casos en que el médico “atiende a una persona que ha perdido el conocimiento y que es ingresada desmayada a su consultorio o al hospital en que actúa, sin la compañía de sus familiares. A veces ocurre que una persona se descompensa en un taxi, un ómnibus o en la calle, y un simple comedido o amigo lo acerca hasta el hospital, donde es ingresado y atendido, en base al deber de asistencia y sin consentimiento de nadie habilitado para prestarlo. Obviamente que el consentimiento de un taxista, chofer de micro, amigo o amante de la persona desmayada no es válido como tal, por lo que si, a consecuencia de esta atención que se le prodigara, quedase comprometida la responsabilidad del médico, ésta sería extracontractual o aquiliana”⁴⁶.

Aunque no falta quienes sostienen que “desde el momento que no es un profano, sino un profesional de la medicina quien atiende a una persona, dada su cualificación profesional, y a pesar de que no medie contrato entre él y el paciente, surgen para él ciertas obligaciones que van más allá del genérico *neminem laedere*. De modo que el facultativo no estará obligado por un mero deber de no irrogar daños a tercero, sino que además deberá observar la *lex artis ad hoc* en el tratamiento del paciente, sin incurrir en impericia o negligencia. De ahí que se infiere la conveniencia de aplicar a la responsabilidad de los médicos, aun en los casos en que no les une al paciente ningún contrato, algunas de las reglas propias de la responsabilidad contractual...”⁴⁷.

c) Prestación realizada contra la presunta voluntad del beneficiado (caso del suicida que es atendido por un facultativo). Aquí se trata de un problema vinculado a la frustración del consentimiento contractual, ya que hay una oferta de servicios médicos y una negativa en la aceptación del paciente⁴⁸.

d) Si el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es nulo por causa ilícita; por ejemplo, si una persona acuerda que se le realice un trasplante de órganos en un establecimiento médico no autorizado a cambio de una contraprestación por dichos servicios; en este caso, el contrato celebrado entre el paciente y dicho establecimiento de salud es nulo, teniendo en cuenta que la Ley N° 28189 – Ley General de donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, en su artículo 12.1 estipula que *la extracción o el trasplante de órganos o tejidos de donantes vivos o cadavéricos sólo se realizarán en establecimientos de salud debidamente*

46 LOPEZ MESA, Marcelo. Ob. cit., p. 27.

47 GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. Ob. cit., p. 22.

48 CALVO COSTA, Carlos A. *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del “sistema de salud” analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia*. Hammurabi, 2014, p. 41.

autorizados y acreditados por el Ministerio de Salud. Es decir, los trasplantes de órganos o injertos de tejidos deben efectuarse exclusivamente en establecimientos de salud que cuenten con servicios especializados debidamente acreditados para tal fin. En consecuencia, sería inválido el contrato realizado con una institución médica no autorizada, debido a que existe norma imperativa que prohíbe realizar el trasplante o injerto sin previa autorización estatal, por tanto, el acto adolecería de nulidad conforme a lo indicado por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil concordante con el artículo 1354 del mismo texto legal, entonces, la vía legal adecuada para encauzar el reclamo de indemnización deberá ser la extracontractual. Con idéntica razón sería nulo el contrato celebrado entre el galeno y la paciente, en el que aquél se compromete a realizarle un aborto por motivos eugenésicos.

La jurisprudencia peruana es oscilante en la calificación de la naturaleza de la responsabilidad médica y sufre una preocupante confusión para determinar la norma aplicable. En efecto algunas resoluciones judiciales optan por la naturaleza contractual de la responsabilidad médica; otras, por su naturaleza extracontractual; en algunos casos se incurre en cierta contradicción en la calificación de la responsabilidad y, finalmente, existen resoluciones que declaran la responsabilidad extracontractual del establecimiento de salud, en tanto mantienen como contractual la del médico. No cabe dudar de la inexistencia de una clara línea jurisprudencial nacional: el panorama genera incertidumbre sobre la aplicación de los dos regímenes de responsabilidad civil⁴⁹.

Lo expuesto anteriormente es preocupante ya que el encuadre de la responsabilidad médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no sólo importancia doctrinaria, sino esencialmente fáctica, pues teniendo en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil, la elección de cualquiera de ellos traerá consecuencias distintas. Diferente plazo de prescripción y distinto alcance en la obligación indemnizatoria no son diferencias sutiles y prescindibles sino concretas y tangibles, la que porta consecuencias distintas para un caso, según optemos por la responsabilidad contractual o extracontractual, como veremos a continuación:

49 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, febrero de 2004, pp. 77-78.

	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
Plazo de prescripción	10 años (Artículo 2001 inciso 1 del C.C.)	02 años (Artículo 2001 inciso 4 del C.C.)
Magnitud del Resarcimiento	<p>El deudor que incurre en culpa leve sólo responde por los daños y perjuicios que podían preverse al momento de constituir la obligación (Artículo 1321 del C.C).</p> <p>El deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo, responde tanto de los daños y perjuicios previsibles como imprevisibles.</p>	El agente dañoso responde por los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles, siendo indiferente si actuó con culpa o dolo (Artículo 1969 del C.C).
Carga de la Prueba	<p>Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso se debe a culpa leve del deudor (Artículo 1329 del C.C.)</p> <p>Si el acreedor quisiera agravar la responsabilidad del deudor - para que responda por los daños previsibles e imprevisibles - tendría que probar que éste obedeció a culpa inexcusable o dolo del deudor.</p>	Las culpa y el dolo (sic) se presumen (Artículo 1969 del Código Civil).

Si bien en el plano teórico resulta clara la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, se debe señalar que es frecuente observar en la práctica que ambas formas de responsabilidad pueden concurrir cuando el médico además de incumplir obligaciones derivadas de un contrato también inobserva la obligación genérica de no causar daño a los demás.

En estos supuestos la jurisprudencia española - reconociendo precisamente que lo más importante es reparar el daño que las disquisiciones teóricas sobre los ámbitos de la responsabilidad civil -,

actualmente tiende a reconocer el derecho de opción al perjudicado, consecuentemente, la víctima tiene la facultad de hacer efectiva su pretensión alternativamente en la vía contractual o extracontractual conforme a la situación más favorable que ofrezca la norma jurídica. “Y es que en la actualidad, más que un rigor técnico lo que se busca es la tutela efectiva de los intereses en juego a través de la solución del caso concreto, aún a costa de forzar los razonamientos jurídicos, lo que conlleva que una equivocada elección de acciones no determine sin más la desestimación de la demanda ni que la sentencia que aplique un derecho distinto pueda ser tachada de incongruente por no cumplir las exigencias previstas en las normas procesales”⁵⁰.

En otros términos, España la jurisprudencia prescinde a menudo de esta distinción y lo hace de manera especial en sede de responsabilidad civil médica: “La relativización jurisprudencial de la distinción del carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad se produce a través de dos vías. De un lado, relativizando la trascendencia práctica de la distinción, a través de la aproximación de los efectos de una y otra clase de responsabilidad, dejando prácticamente reducida al plazo de prescripción la diferencia entre una y otra. De otro lado, relativizando la propia distinción, bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, bien al aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto. A este respecto, es bien conocida la doctrina de la “yuxtaposición” de las responsabilidades contractual y extracontractual” o de la “unidad de la culpa civil”. De conformidad con esta doctrina, se considera que a efectos de la congruencia el Tribunal tan sólo está vinculado a los hechos de la demanda, que son los que integran la causa de pedir, gozando de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual, en el ejercicio de sus facultades de aplicación de la norma pertinente, al amparo del principio *iura novit curia*. Asimismo, se afirma que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un

50 SEIJAS QUINTANA, José Antonio citado por BLAS ORBÁN, Carmen. Ob. cit., p. 51.

resarcimiento al daño lo más completo posible. Se consagra así la existencia de una “zona mixta” entre ambas clases de responsabilidad⁵¹.

En nuestro país la Corte Suprema de la República la Casación N° 344-2000-Lima estableció que: “En el contrato verbal sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además, “la violación del deber genérico de no causar daño a otro”, lo que según la doctrina, ingresa en la esfera de la relación extracontractual (...) concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual como en la extracontractual y es aquí donde surge el problema procesal que puede definirse con el criterio siguiente: “que es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre una y otra acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar daño a otro” (obra citada), eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado, queda claro por tanto, que sobre esta proposición el Juez califica jurídicamente los hechos, a menos que el demandado al contestar la demanda cuestione la calificación de la acción, promoviendo un debate jurídico sobre el particular...”.

Asimismo, en la Casación N° 1544-2013-Pasco, del 07 de marzo de 2014, se ha sostenido lo siguiente: “Octavo.- Que, la finalidad de la responsabilidad civil es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños, por ello durante mucho tiempo se ha debatido en la doctrina el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, que según el criterio tradicional debe mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro, siendo ésta posición actual del Código Civil peruano que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Noveno.- Que, sin embargo la doctrina moderna, aunque no en forma unánime, considera que la responsabilidad civil es única y que si bien existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por lo que no obstante que aun cuando el Código Civil se adhiere al sistema tradicional, ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola y que es la reparación del daño el aspecto

51 GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. Ob. cit., p.32.

que debe orientar la actuación del órgano jurisdiccional, en consecuencia, la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual no es determinante para otorgar indemnización por daños y perjuicios, ya que como se señaló la responsabilidad civil es una sola...”⁵².

Es que en realidad el problema no se encuentra en aplicar tal o cual régimen de responsabilidad, sino en garantizar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado, toda vez que lo importante no es el origen del daño sino como solucionar las consecuencias⁵³.

5. EL CONTRATO MÉDICO

Hemos indicado que por regla general la responsabilidad civil de los médicos es de naturaleza contractual. Ahora en cuanto a la forma contractual que asume la relación médico-paciente, queda establecido que generalmente encuadra dentro de una locación de servicios (Art. 1764 CC), pero en ocasiones “puede dejar de serlo para convertirse en un contrato de obra, llegando en otros casos a transformarse en un contrato atípico, como sucede cuando el médico presta sus servicios gratuitamente, pues al no haber remuneración no puede calificársele como locación de servicios, ya que falta la onerosidad que es propia de esta figura. También es atípico el contrato cuando el paciente es hospitalizado, así lo revela la complejidad y el número de prestaciones que se presentan en este caso: servicio de habitación, alimentación, limpieza, asistencia médica, etc.”⁵⁴.

El contrato de clínica u hospitalización por ejemplo, es un contrato atípico que puede abarcar la prestación de distintas especies de servicios, según la modalidad que se haya concertado en el caso concreto. En todo caso, y como contenido mínimo abarcará unos servicios denominados

52 En la Casación N° 1312-96-LAMBAYEQUE también se indicó que “*Los límites y diferencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se han atenuado por el movimiento doctrinario como por la corriente legislativa contemporánea, en búsqueda de un sistema unitario de responsabilidad civil cuyo núcleo gire en torno... a la reparación de la víctima... La actividad profesional de un médico o el servicio que presta una institución de salud sea privada o pública, pueden generar riesgos permitidos por la naturaleza de su propia actividad, los que se adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso del médico y, de prestación de servicios en el caso de la institución... No se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado, por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa*”.

53 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 2° Edición, Gaceta Jurídica, septiembre de 2003, pp. 44–45.

54 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. “Paciente o consumidor: el contrato de servicio médico y la responsabilidad del médico”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 22, julio de 2000, p. 59.

extramédicos, de hospedaje y alojamiento. En segundo lugar, podrá abarcar servicios asistenciales o paramédicos, tales como los relativos a la vigilancia y seguridad del paciente, administración de fármacos prescritos, etcétera y, en definitiva, toda una serie de actividades de cuidado y atención del paciente que no suelen ser realizadas por los propios facultativos, sino por otros profesionales sanitarios. Finalmente este contrato puede englobar también los servicios médicos propiamente dichos, si el paciente contrata con la propia clínica la prestación de asistencia sanitaria a realizar por los facultativos que dependen profesionalmente de ella⁵⁵.

Fernández Hierro⁵⁶ clasifica los servicios médicos, distinguiendo los siguientes supuestos:

- a) *Actos puramente médicos*: que son los de profesión realizados por el facultativo.
- b) *Actos paramédicos*: que vienen a ser las acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste; por lo común, son llevadas a cabo por personal auxiliar para ejecutar órdenes del propio médico y para controlar al paciente (por ejemplo suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos –o proporcionarlos por vía oral-, controlar la tensión arterial, etc.). También en esta categoría queda emplazada la obligación de seguridad que se va referida al suministro de medicamentos en óptimas condiciones y al buen estado en que deben encontrarse los instrumentos y aparatos médicos.
- c) *Actos extramédicos*: están constituidos por los servicios de hostelería (alojamiento, manutención, etcétera), y por los que obedecen al cumplimiento del deber de seguridad de preservar la integridad física de los pacientes.

Es debido a la cantidad y complejidad de prestaciones que el contrato de asistencia médica tiene esencia variable, multiforme o proteiforme y “para establecer el tipo contractual pertinente, será menester escrutar la *intentatio* de los extremos de la relación negocial, no siempre simétrica, dado que no todos los pacientes acuden a los facultativos con idénticas pretensiones (fin práctico del negocio jurídico), o aquejados por las mismas dolencias y preocupaciones (“naturaleza polifacética”). Muy diferente, en línea de principio, será la situación de un paciente que visita al galeno en

55 GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. Ob. cit., pp. 24-25.

56 FERNANDEZ HIERRO, José Manuel. *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. Aranzadi, 1984, pp. 174-175.

procura de que le extirpe un intimidante carcinoma y la de otro que, por razones cosméticas o de vanidad -pura-, consulte al especialista para que le practique una rinoplastia o una liposucción o una lipoescultura, tan en boga (...) ahora”⁵⁷.

El contrato médico se caracteriza por lo siguiente:

- i) *Es intuito personae*, salvo cuando el paciente no ha elegido al galeno. Al respecto el artículo 15.1.b) de la Ley General de Salud -modificado por Ley N° 29414- indica que el paciente tiene derecho a elegir libremente al médico o el establecimiento de salud según disponibilidad y estructura de éste, con excepción de los servicios de emergencia. Sin embargo, existen autores que discrepan con esta idea, afirmando que no se puede identificar la confianza con el carácter *intuito personae*, dado que este último convierte a la obligación en infungible, cuestión que no se da siempre en la relación médico-paciente; así, el paciente puede contratar con una clínica o con un grupo de médicos, o con un médico que lo deriva hacia otro y, pese a seguir existiendo confianza, se atenúa o se pierde el carácter *intuito personae* de la obligación⁵⁸.
- ii) *Con prestaciones recíprocas* ya que el médico se obliga a asistir al paciente con diligencia y probidad, por su parte éste asume el deber de cancelar los honorarios pactados. Empero, es posible que el contrato sea unilateral, esto es, que solamente el médico asuma la obligación de prestar servicios a un paciente. En efecto, puede ocurrir que en virtud de un acuerdo expreso –pues la gratuidad no se presume entre las partes, el médico no exija pago alguno de honorarios, motivado por razones de índole familiar, amical o caritativa. De hecho, el artículo 67 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú señala el deber de los médicos de prestar atención gratuita a sus colegas, así como al cónyuge, hijos y padres que dependan económicamente de ellos⁵⁹. En los casos de ingresos por emergencia, el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley General de Salud –modificado por Ley N° 27604- indica que los establecimientos de salud, después de

57 JARAMILLO, Carlos Ignacio citado por López Mesa, Ob. cit., p. 25.

58 CALVO COSTA, Carlos A. Ob. cit., p. 49.

59 CASTILLO FREYRE, Mario. *Características del contrato médico* (consultado el 02/07/2015), formato pdf, disponible en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/caracteristicas_de_contrato_medico.pdf>.

atendida la emergencia, tienen derecho a que se les reembolse el monto de los gastos en que hayan incurrido, de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Se precisa además que las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago. El artículo 40 del citado texto legal indica que los establecimientos de salud y los servicios médicos de apoyo tienen el deber de informar al paciente y a sus familiares entre otros aspectos, las condiciones económicas de la prestación.

- iii) Tiene *libertad de forma*, pues la ley no impone el requerimiento de forma alguna, como regla general. Esta libertad de forma provoca que en muchos casos el contrato entre médico y paciente sea de carácter tácito y verbal, debido a que cuando el paciente acude al facultativo no lo hace con el propósito de quedar vinculado jurídicamente con él, ni para entablar una relación jurídica, sino que -por el contrario- el único móvil que persigue es la atención y curación de su dolencia y lo moviliza su necesidad de someterse al cuidado médico⁶⁰.

El consentimiento requerido para la celebración del contrato médico-paciente nada tiene que ver con el consentimiento informado, esencialmente por dos razones: a) En el primero existe un verdadero acuerdo de voluntades, del que emanan obligaciones para ambas partes, hecho que no se da en el consentimiento informado⁶¹ y b) la obligación del médico de obtener el consentimiento informado no cesa aun ante la existencia de contrato, puesto que también tiene ese deber cuando actúa en el ámbito extracontractual.

- iv) *Es de tracto sucesivo* y salvo supuestos excepcionales en los cuales se produce el contacto médico-paciente por una mera consulta, puede decirse que el vínculo entre ambos suele ser de tracto sucesivo, debido a que atraviesa distintas etapas, como ser la elaboración de un diagnóstico y posterior tratamiento del enfermo,

60 CALVO COSTA, Carlos A. Ob. cit., p. 48.

61 Calvo Costa afirma que en lugar de hablar de consentimiento informado resulta más válido aludir a la voluntad jurídica del enfermo. Ello porque hablar de consentimiento (*cum sentire*) nos brinda una idea de una voluntad convergente entre dos partes sobre un mismo tema; sin embargo, en el llamado “consentimiento informado”, el paciente, luego de haber recibido la información de todas las circunstancias que rondan en torno a la práctica médica que se le ha recomendado, puede prestar o no su conformidad con ella, pero no puede pretender modificar la propuesta del profesional respecto al tratamiento y/o intervención quirúrgica, ya que no posee los conocimientos técnicos ni científicos para ello.

llegándose quizás a intervenciones quirúrgicas y atenciones postoperatorias⁶².

- v) Usualmente existe *asimetría de información*, esto “en el sentido de que una de las dos partes tiene superioridad técnica sobre la otra, desde este punto de vista se trata de un contrato desigual, pues el paciente es ajeno al conocimiento de la medicina. Lo único que sabe es que se encuentra enfermo, y precisamente esta condición agudiza la asimetría, llevándolo en ocasiones a “aceptar” cualquier tratamiento”⁶³.

No obstante, se reconoce que la relación históricamente asimétrica entre médico – paciente, en nuestro tiempo, tiende a asumir un carácter horizontal, en tal sentido, aquél tiene la obligación de informar a éste sobre las alternativas posibles al tratamiento recomendado, si las hubiere, y sobre cuáles serían las posibilidades de éxito al utilizarse alguna de ellas. El paciente debe tener plena conciencia de la situación en cuanto a su salud, así como a sus proyecciones futuras antes de decidir someterse al tratamiento o a la intervención que se le proporciona para superar sus dolencias o, al menos, para aliviarlas si lo anterior no fuera posible⁶⁴.

Al respecto el artículo 15.2.f) de la Ley General de Salud destaca que el paciente tiene derecho a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren.

Bueres⁶⁵ sostiene que entre los caracteres del contrato de asistencia médica se encuentran los siguientes:

- a) Es un contrato “*intuitu personae*”, esto es, un acto de confianza para las dos partes; principalmente, desde el ángulo del paciente que elige al médico. Mas, también asiste al profesional la libertad de escoger a sus enfermos, fundamentando su decisión en motivos profesionales (de especialidad, por ejemplo) o en meras razones de orden personal.

62 CALVO COSTA, Carlos A. Ob. cit., p. 49.

63 GUTIERREZ CAMACHO, Walter. Ob. cit., p. 59.

64 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 54.

65 BUERES, Alberto. Ob. cit., pp. 119-121.

- b) Dicho contrato es *relativamente rescindible* para ambas partes en general; pero el facultativo no puede dejar librado a su suerte al paciente, si ello supone un abandono que haga peligrar la salud de éste. En dicho supuesto, el médico no puede resolver el contrato de asistencia, sino hasta dejar al paciente en manos de otro médico, contrariamente podría quedar incurso en responsabilidad civil y hasta penal.
- c) Con frecuencia se trata de un contrato de *tracto sucesivo*, máxime si tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo. Sin embargo, esta característica no es absoluta, puesto que en ocasiones la relación entre facultativo y paciente se consume –o agota- instantáneamente.
- d) El contrato bajo examen es *bilateral* cuando se pacta una remuneración, al engendrar para las dos partes obligaciones en situación de reciprocidad desde el momento de su celebración. El médico contrae el deber jurídico de asistir correctamente al paciente; éste, por su lado, el de pagar el honorario estipulado en la convención o ley.
- e) Es un contrato de *forma libre o no formal*, sin perjuicio de las exigencias que la ley establezca en determinadas circunstancias para la prueba del mismo (carácter no formal relativo).

6. ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA?

En 1925 el jurista francés René Demogue publicó el tomo V del *Traité des obligations en général* en el cual formula la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, al tratar las relaciones de la responsabilidad delictual con la responsabilidad contractual, esta clasificación también fue adoptada por los hermanos Mazeud, aunque con una denominación distinta (“obligaciones generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”). Exponía Demogue lo siguiente: “La obligación que puede pesar sobre un deudor no siempre es de la misma naturaleza. Esta puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio. Una persona ha recibido el mandato de hacer un acto unilateral, o está encargada de transportar un paquete, de construir un edificio. Estos resultados no son obtenidos. Constatados estos dos puntos: obligación e inexecución, el acreedor gana la causa, a menos que el deudor no pruebe haber estado en la imposibilidad de cumplir por caso fortuito o fuerza mayor. En lugar de prometer un resultado, se puede estar obligado legalmente o convencionalmente a tomar ciertas medidas que normalmente son idóneas para alcanzar un resultado. De este modo un banquero en lugar

de tomar títulos en depósito por ventanilla (obligación de resultado en cuanto a su conservación), alquila una caja fuerte. Él se compromete a tomar precauciones de uso para la admisión a la sala de las cajas, para la apertura. Si los títulos fueran robados, yo debería probar que el banquero ha incumplido una de sus obligaciones: dejando a una persona abrir un cofre sin haberse asegurado su identidad, pues el banco no me ha prometido un resultado, cual era que reencontraría mis títulos, sino que me ha prometido cuidar el acceso a mi caja de seguridad. Si ha dejado penetrar a un tercero cerca de mi caja, podrá de todas maneras probar que hubo caso fortuito o fuerza mayor. Los ladrones pueden haber usado amenazas, el banco puede haberse equivocado sobre la identidad del visitante de la caja”⁶⁶.

En síntesis, se señala que en las obligaciones de medios el deudor no asegura un resultado sino tan solo se compromete a seguir diligentemente la conducta que ordinariamente conduce al mismo, pero que bien puede no producirlo; en tanto que en las obligaciones de resultado, por el contrario, no basta con que el deudor actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el acreedor. En este sentido, Massimo Franzoni sostiene que “la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se funda en el hecho que sólo en las segundas existe un resultado efectivamente comprometido (*in obligatione*), de modo tal que, en dicho supuesto, el deudor únicamente queda liberado mediante la obtención del resultado en mención. En las obligaciones de medios, por el contrario, el resultado no ha sido comprometido, aun cuando la conducta del deudor estuviera vinculada con la realización de un resultado determinado”⁶⁷.

El profesor trujillano Sedano Vásquez⁶⁸ sostiene que la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico dicha clasificación resulta inútil, ya que para todo los casos la culpa se presume, tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los artículos 1329 y 1969 del Código Civil. En consecuencia, al paciente perjudicado le basta alegar

66 Citado por Azar, Aldo M. *Obligaciones de medios y de resultado*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 43.

67 FRANZONI MASSIMO. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Traducción y edición al cuidado de Leysser León. Ara Editores, noviembre de 2001, p. 377.

68 SEDANO VASQUEZ, Duncan. Ob.cit., p. 110.

dolo o culpa del prestador de salud para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a éste la prueba en contrario.

En el mismo sentido, Osterling y Castillo indican que la diferencia entre obligaciones de medios y resultados es artificial, ya que en las primeras se busca también un resultado y, en las últimas, existe necesariamente un medio para cumplirlas; además, el Código Civil no efectúa ninguna distinción. El artículo 1329 del citado Código sustantivo establece que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor; agregando el artículo 1330 del citado texto, que la prueba de dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación. En consecuencia, si el deudor desea liberarse de responsabilidad deberá probar su diligencia, trátase de una obligación de medios o de resultado; a su turno, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable, trátase también de una obligación de medios o resultados⁶⁹.

Por nuestra parte, creemos que la importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no se agota en determinar las reglas sobre la carga de la prueba, sino que también es útil para establecer el contenido del deber y de los presupuestos del cumplimiento y por lo tanto, de los extremos del incumplimiento. En las obligaciones de medios la diligencia es el contenido de la actividad debida; en las obligaciones de resultado, por el contrario, es la obtención de dicho resultado el contenido de la actividad debida. En tal razón, la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento de la obligación. La realización de la conducta diligente basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor (resultado) no se realice. Aquello que determina el cumplimiento del deudor no es la presencia del resultado deseado por el acreedor sino la ejecución diligente de las actividades necesarias para alcanzar dicho resultado.

Desde el punto de vista de la exactitud del cumplimiento de la obligación de medios, la responsabilidad sólo puede plantearse cuando el deudor no ha actuado con la diligencia debida. El cumplimiento de la obligación de resultado requiere, en cambio, la satisfacción del interés primario del acreedor, no siendo suficiente la mera conducta diligente del deudor encaminada a satisfacerlo.

69 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de Obligaciones*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 130.

Es indudable que generalmente los médicos asumen obligaciones de medios, toda vez que no se comprometen a curar sino sólo a procurar los medios necesarios para que ello pueda ocurrir; como sostenía Voltaire “un médico promete cuidados y no la recuperación; hace esfuerzos y por ello se le paga”. No se puede alegar que el médico ha incumplido su obligación si el enfermo no sana o incluso si muere, debido a que el galeno no promete la curación del enfermo, sino únicamente prestar sus servicios con la debida diligencia, administrando una serie de cuidados y atenciones de acuerdo a la técnica científica y profesional vigente en un determinado momento. Se debe considerar que la curación del enfermo depende de diversos factores y no todos están bajo el control del médico, por tanto, en la mayoría de casos la curación no es el fin directo a cumplir, aunque es el objetivo deseado. Si a pesar de prodigar los cuidados idóneos y suficientes, no se logra el objetivo deseable de mejorar la salud del paciente, no se puede atribuir responsabilidad al médico, dado que esto depende de la propia naturaleza humana.

Por ello es mejor que “el galeno le ofrezca confianza y le brinde atención de calidad al paciente, en pos de lograr su bienestar, respetando su derecho a saber acerca de sus males y de los beneficios y perjuicios de los actos médicos que se le realicen. Se considera que ni siquiera cuando estos actos son de bajo riesgo se puede garantizar un resultado exitoso, pues este depende de factores ajenos al control y a la voluntad del médico, por lo que no es correcto responsabilizarle si ese resultado no se obtiene. Gran parte del fracaso se debe a la poca comunicación de aquél y el paciente, dificultad que crea, en éste último, expectativas que contrastan con la realidad. A pesar de la baja probabilidad de que se produzca un resultado dañoso, cada organismo es diferente y el médico no puede controlar todas las eventualidades que pudieran sobrevenir: su responsabilidad es plantear el problema como realmente es, y no generar falsas expectativas. La medicina establece probabilidades, no exactitudes”⁷⁰.

Sin embargo, considero que en determinados supuestos -como ocurre con la cirugía estética embellecedora, intervenciones odontológicas, colocación de prótesis, implante de cabello, transfusión sanguínea, análisis clínicos, ligaduras de trompas o vasectomía, emisión de dictámenes o certificados, y otras intervenciones de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales la estadística suministra índices muy altos de probabilidad de eficacia-, el galeno asume una obligación de resultado,

70 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. p. 194.

consecuentemente, en este supuesto para exonerarse de responsabilidad no basta con ser diligente, sino que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el paciente, pues de otro modo éste no se hubiera sometido al tratamiento u operación.

En otras palabras, si bien es cierto que, con carácter general, la obligación del médico se ciñe al empleo de las técnicas adecuadas para la curación del paciente y a la actuación diligente conforme a la *lex artis*, en determinados supuestos de la medicina moderna el médico se obliga también a la obtención de un resultado, lo que provoca el incumplimiento contractual en caso de que aquél no sea alcanzado. Sucede de esta forma en el campo de la cirugía estética, odontología e intervenciones para la esterilización del paciente, todos ellos supuestos paradigmáticos en los que la obligación que asume el facultativo es calificada como una obligación de resultado, lo que provoca que el cumplimiento íntegro y satisfactorio de la prestación asumida por aquél se haga depender de la realización de este último⁷¹.

En el mismo sentido, considerando que el artículo 1354 del Código Civil estipula “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”; resulta posible que los contratantes acuerden la consecución de un resultado aun cuando se trate de supuestos que normalmente se consideren como obligaciones de medios. Por ello el galeno debe ser consciente de las consecuencias jurídicas cuando hace promesas, pues el asegurar un resultado introduce importantes variaciones en la relación médico–paciente. En estos casos, el galeno debe responder ante el paciente por el simple hecho de no obtener el resultado convenido y sólo se libera de responsabilidad si prueba la existencia de un hecho que ocasione la ruptura del nexo causal, esto es, una circunstancia extraordinaria, imprevisible e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor) que haya impedido el resultado, como también el hecho determinante de un tercero o el actuar de la propia víctima. En este sentido lo entiende la Corte Suprema de la República que en la Casación N° 1258-2013-Lima Norte sostiene: “Por lo demás, es necesario precisar a esta parte impugnante que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (**salvo casos muy excepcionales en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico**), por lo que es

71 FACHAL NOGUER, Nuria. “Las reglas de la carga de la prueba en la responsabilidad civil médica. Cuestiones complejas”. En: *Objeto y carga de la prueba civil* (Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (Directores). Editorial Bosch, 2007, p. 197-198.

insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían...” (el resaltado es nuestro).

En España existe la tendencia jurisprudencial, con un arraigo cada vez de mayor calado en el campo de la medicina satisfactiva, a favor de la calificación de la obligación del facultativo médico como una obligación de resultado. Así, en la Sentencia de 28 de junio de 1999, el Tribunal Supremo calificó la relación jurídica que unía al médico y paciente como “contrato de obra” al tiempo que precisaba que *“si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la relación de actividad (o de medios) de prestar servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología”*.

En nuestro país, la Sala Especializada en Protección del Consumidor del INDECOPI, en la Resolución N° 1179-2015/APC-INDECOPI, de fecha 13 de abril de 2015, estableció que la expectativa que tenga el consumidor del servicio brindado, dependerá fundamentalmente del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, aplicándose ésta de la siguiente forma:

“(i) servicio médico sujeto a una obligación de medios: en este caso un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado y (ii) servicio médico sujeto a una obligación de resultados: en este caso, un consumidor razonable esperará que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente no es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se ha contratado dichos servicios. Es así, que un consumidor razonable considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución de

la responsabilidad objetiva del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción (...)
Teniendo en cuenta la naturaleza de tal prestación, se puede concluir que nos encontramos ante un servicio médico sujeto a una obligación de medios, en el que siempre está presente algún nivel de riesgo que no permite asegurar un resultado, por tanto, el proveedor debe acreditar que actuó con la diligencia debida en la atención de la paciente y para ello deberá evaluarse si los actos realizados están respaldados por documentación médica como informes y la Historia Clínica... ”⁷².

En realidad, no existen fórmulas esquemáticas que permitan separar nítidamente las obligaciones de medios de las obligaciones de resultado, sin embargo, para la solución de posibles dudas respecto a la naturaleza de la obligación contraída entre las partes, se debe considerar en el caso concreto, los siguientes criterios: a) la ausencia de gravedad del caso a tratar; b) la implícita voluntad de las partes; y c) la presencia del riesgo que conlleva la actuación médica.

Existe ausencia de gravedad en los supuestos comprendidos dentro de la denominada “*medicina voluntaria*”, donde el interesado acude al médico porque desea recibir una atención concreta de este profesional, no porque orgánicamente lo necesite. En estos casos, la actividad médica no está encaminada a la curación de una afectación patológica sino al mejoramiento del aspecto físico (como sucede en la cirugía estética) o bien a obtener la satisfacción de otros deseos diferentes como puede ser evitar la descendencia familiar (operación quirúrgica de vasectomía o ligadura de trompas). Asimismo, se debe interpretar la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato y para esto resulta necesario considerar todas las circunstancias que rodean el hecho concreto. En los supuestos en que la medicina tiene carácter meramente voluntario, es decir, cuando el interesado acude al médico no para la

72 En esta caso la señora Mónica Cecilia Izquierdo Rubio denunció a Clínica Internacional S.A. ante la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de Piura por infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. En su denuncia indicó que el 1 de diciembre de 2013 acudió al área de emergencia de la clínica denunciada pues sufrió un accidente al cerrarse la puerta de un carro sobre su mano derecha, lo cual provocó que su dedo medio se hinche y que presente un fuerte dolor. Agregó que fue atendida por la Médico General Sara Castillo Ramos, quien luego de tomarle una placa radiográfica, le indicó que padecía de un trauma, le aplicó una ampolla para el dolor y le recetó el medicamento denominado flectadol cada 6 horas. No obstante, al seguir presentando molestias, acudió al Hospital Privado del Perú en donde se le tomó otra placa radiográfica, la cual determinó que su dedo medio estaba fracturado, siendo que en la actualidad tiene varios problemas de motricidad en su mano derecha, no pudiendo realizar el cuidado de su hogar ni actividades laborales.

curación de una dolencia sino para el mejoramiento de su aspecto físico o para la transformación de una actividad biológica (la actividad sexual) en forma tal que le permita practicar el acto sexual sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos; implícitamente se manifiesta la voluntad de las partes en obtener necesariamente el resultado esperado, pues de otra manera no se entiende cómo una persona que no se encuentra afectada por enfermedad o dolencia alguna puede someterse a la intervención médica. Finalmente, con relación a la presencia del riesgo que conlleva la actuación médica, se debe considerar que cuanto más grave sea la situación clínica en la que se encuentre el paciente, más lejos está el médico de la obligación de obtener un resultado; no se puede obligar al médico al cumplimiento de deberes que supongan dificultades extremas, que puedan ser equiparadas con la imposibilidad en el cumplimiento⁷³.

Doctrinariamente se dice que la responsabilidad será subjetiva cuando la obligación sea de medios; y objetiva cuando la obligación sea de resultados. En éste último caso al acreedor - paciente le bastará probar la no obtención del fin último exigible (resultado), para reclamar la pretensión de resarcimiento; el deudor - médico sólo intentará acreditar la ruptura del nexo causal, siendo insuficiente el análisis de su no culpabilidad, toda vez que “cuando la obligación sea de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación”⁷⁴.

En tal sentido resulta de enorme trascendencia y repercusión práctica en materia probatoria la calificación de la obligación del profesional sanitario como obligación de medios o de resultado: el entendimiento de que la obligación asumida por el médico es siempre una obligación de resultado implicaría que la actividad probatoria a desarrollar para acreditar la responsabilidad civil de aquél quedara reducida únicamente a la prueba del resultado, de tal manera que la ausencia de una total realización de éste conllevaría *per se* el incumplimiento de la obligación asumida por el médico y generaría automáticamente las consiguientes responsabilidades indemnizatorias. En estos casos, la responsabilidad del médico se conceptúa como una suerte de responsabilidad objetiva, puesto que el actor (paciente) deberá orientar su prueba hacia la acreditación del incumplimiento del resultado y así, probado que aquél no fue ejecutado en

73 BLAS ORBÁN, Carmen. Ob. cit. p. 100.

74 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia* (consultado el 05/03/2015), formato pdf, disponible en <<http://www.ajs.es/downloads/vol09015.pdf>>.

los términos estipulados, se presume la culpa del demandado (profesional actuante); éste podrá quedar exonerado de responsabilidad por el incumplimiento si acredita que el resultado no pudo ser realizado por caso fortuito o fuerza mayor⁷⁵.

En nuestro sistema jurídico, el artículo 36 de la Ley General de Salud establece que los profesionales, técnicos y auxiliares de salud son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades. Dispositivo que ha consagrado exclusivamente la responsabilidad por culpa para ellos, indistintamente se trate de obligaciones de medios o resultados. La Corte Suprema en la Casación N° 1258-2013-Lima Norte, del 13 de diciembre de 2013, entiende que “el artículo 36 de la Ley General de Salud, Ley número 26842, ha dado por concluido -en nuestro país- todo cuestionamiento respecto a la naturaleza de las obligaciones médicas, al establecer que los profesionales, técnicos y auxiliares del campo médico y afines, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, circunscribiendo con ello su accionar únicamente a la responsabilidad por culpa y, con ello, a la diligencia en el ejercicio de su función...”.

Asimismo, en la Casación N° 3557-2012-Lima, de fecha 27 de septiembre de 2012, se realiza un análisis respecto a la actuación culposa de los médicos en un caso concreto, señalando lo siguiente: “En el presente caso se ha establecido que si bien se inició con la mala administración de penicilina benzatínica, empero dicha negligencia pudo ser solucionada o superada, si los médicos Belinda Chalco Maldonado y Galo Martínez Zavaleta hubieren actuado con diligencia o cuidado necesario cuando trataron a la menor al momento que fue trasladada por sus padres al Centro de Salud, al tener mucho dolor y advertirse la coloración y frialdad de sus extremidades inferiores, en efecto lejos de actuar con la diligencia y cuidado que el caso requería y sin advertir la gravedad del estado de salud de la menor y disponer su inmediato traslado a otra institución médica que contara con los instrumentales médicos necesarios para el correcto diagnóstico y el restablecimiento de su salud, optaron por recetarle la aplicación de un ungüento tópico hirudoid y dispusieron que retorne a su domicilio (punto cinco de las conclusiones del Informe 0017-2005 obrante a fojas seiscientos veintiocho), negligencia que trajo como consecuencia la posterior “Trombosis de arteria polplítea” y procediéndose a la desarticulación de la rodilla izquierda por fasciitis necrotizante del muslo izquierdo (amputación). Asimismo, debe señalarse que si bien la

75 FACHAL NOGUER, Nuria. Ob. cit., p. 200.

impugnada cita el punto cinco de la conclusión del Informe número 0017-2005 expedido por la Comisión Ad Hoc de la Dirección de Salud II – Lima Sur que señala “La paciente fue enviada a su domicilio aun cuando presentaba un cuadro de evolución aguda que requería por lo menos quedarse en observación para que de acuerdo a la evolución referirla oportunamente”, lo hace para demostrar la conducta negligente de los médicos, citada por la propia entidad recurrente, ya que lejos de actuar con diligencia y cuidado optaron por recetarle la aplicación de un ungüento y dispusieron que retorne la menor a su domicilio...”.

7. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ESTRUCTURA SANITARIA

En la actualidad las prestaciones médicas, por así decir, aisladas (realizadas por un profesional o auxiliar de la salud individual) han disminuido notablemente. Cada vez son más comunes las actividades sanitarias compuestas, desarrolladas por estructuras complejas, formadas por personal especializado e instrumental sofisticado. En ese sentido, se registra el fenómeno de la progresiva *despersonalización* de la actividad médica y de su creciente *complejidad*: al tratamiento terapéutico y quirúrgico de tipo tradicional se le adicionan en determinadas ocasiones otras actividades sanitarias en sentido amplio, como las de diagnóstico, informativas, asistenciales; e incluso la difusión de nuevos tipos de intervenciones, como los de cirugía estética y rehabilitación, de fecundación asistida y de modificación de la estructura anatómica (que van desde la esterilización a la modificación de los caracteres sexuales externos)⁷⁶.

Incluso en algunas ocasiones acudir a una estructura médica resulta imperativo, por ejemplo, cuando debe emplearse equipos de alta tecnología, que difícilmente pueden ser propiedad privada de un galeno, o también cuando la intervención requiere de internación, controles periódicos, etc.

Como consecuencia, es en este contexto que se debe encuadrar el régimen actualmente vigente sobre la responsabilidad médico-sanitaria⁷⁷: expresión que va sustituyendo a la de “responsabilidad del médico” con el fin de evidenciar que a la responsabilidad del profesional individual se le adiciona la de la estructura sanitaria en la cual el médico desarrolla su actividad, sea esta una estructura pública o privada⁷⁷.

Se debe entender por estructura sanitaria o establecimiento de salud, aquella organización de profesionales que, contando con infraestructura,

76 PARADISO, Massimo. Ob. cit., p. 628.

77 PARADISO, Massimo. Ob. cit., p. 629.

instalaciones, recursos humanos y medios técnicos, realiza actividades y presta servicios sanitarios para cuidar y atender la salud de los pacientes. Dentro de este concepto se comprenden los hospitales, las clínicas, centros sanitarios, las postas médicas y todos aquellos otros establecimientos que cumplen con la finalidad antes aludida. A menudo se utilizan como sinónimos de establecimientos de salud las expresiones de establecimientos asistenciales, centros de salud, centros sanitarios, instituciones asistenciales, instituciones sanitarias, institutos de salud, nosocomios, sanatorios, casa de cura, postas médicas, etc.⁷⁸

En relación a la responsabilidad civil de los establecimientos de salud -se trate de hospitales públicos o de clínicas privadas-, el artículo 48 de la Ley General de Salud dispone:

“El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece”.

La primera parte del indicado precepto normativo establece un supuesto de responsabilidad indirecta o refleja, en mérito a la cual el centro de salud asume *responsabilidad objetiva y solidaria* por los daños y perjuicios que causa el *personal bajo su dependencia*; norma especial que en mi opinión resulta aplicable tanto en supuestos contractuales como extracontractuales, obviamente si existiera vínculo de dependencia por parte del responsable directo del daño, en este último caso en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1981 del Código Civil.

En la Casación N° 4721-2011-Cajamarca, de fecha 04 de junio de 2013, se conoció el siguiente caso: Leonardo Sangay Santillán y Josefa Quispe Tucto interpusieron demanda contra la Clínica Limatambo Sociedad Anónima Cerrada, para que les indemnice con la suma de trescientos veinte mil nuevos soles (S/. 320.000.00) por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual. El codemandante era trabajador de la Empresa Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, asegurado por ésta en Novasalud, hoy Pacífico Salud, ésta contratante -para

78 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 57.

brindar sus servicios de salud- contrata a la Clínica Limatambo Sociedad Anónima Cerrada. El Tribunal Supremo expone: “...se verifica que el hecho antijurídico quedó plenamente acreditado, por cuanto la muerte del neonato se produjo por incumplimiento del deber de diligencia profesional del personal que labora en la demandada Clínica Limatambo, en igual sentido está probado el nexo de causalidad y el factor de atribución, por cuanto en el proceso penal también quedó establecido que el accionar negligente de la obstetriz (culpa inexcusable) causó la muerte del neonato y que el establecimiento médico es demandado en calidad de responsable solidario de conformidad con lo previsto por el artículo 1981 del Código Civil”.

Es decir, los establecimientos de salud son responsables por el simple hecho de mantener un vínculo con el autor (directo) del daño que implique dependencia de éste. En suma, el damnificado tendrá frente a sí dos legitimados pasivos, estando en la posibilidad de demandar contra uno u otro, o contra ambos a la vez, aunque queda claro que una vez obtenido el resarcimiento íntegro de uno de ellos, ya no podrá perseguir al otro; o al contrario, de haber accionado únicamente contra uno de ellos y en caso no haber obtenido la reparación integral, puede intentar el cobro del saldo de su crédito contra el otro obligado conforme lo establece el artículo 1186 del Código Civil.

Se ha cuestionado que los médicos en su accionar no están sujetos a órdenes o directivas de un tercero, lo que incluso está prohibido por los códigos de ética profesional; pero ante esto se responde que el hecho que no exista subordinación técnico-científica, no impide que medie dependencia. Incluso muchas veces el establecimiento de salud tiene un director médico, que como facultativo que es, puede impartir determinadas órdenes, como por ejemplo: qué pacientes atender y cuáles no; en lo posible qué tipo de tratamiento dar, etc. Y aunque no haya director médico, de todas maneras existe cierta subordinación en el sentido de que el establecimiento le va a establecer al médico el horario en que debe atender, el consultorio en el que habrá de hacerlo, entre otros aspectos⁷⁹. El término dependiente debe ser tomado en sentido amplio, bastando para ostentar esa calidad que el profesional haya sido asociado al cumplimiento del deber con la anuencia o autorización del deudor.

La Corte Suprema en la casación N° 1116-2011-Lima, de fecha 23 de enero de 2012, indica lo siguiente: “el principal (Sociedad Francesa de Beneficencia) responde por los daños causados por sus servidores, porque resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de

79 TRIGO REPRESAS, Félix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. 2ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, julio de 2008, p. 325.

daños a sus pacientes (demandante), por lo cual se tiene por verificado que los daños sufridos por la actora son imputables a la demandada, por haber sido cometido por el personal dependiente de la misma, no siendo aplicables las normas sobre exoneración de responsabilidad por “ruptura del nexo causal” (artículo mil trescientos quince y mil seiscientos setenta y dos del Código Civil)...”⁸⁰.

De otro lado, los establecimientos prestadores de salud al responder objetivamente por el hecho culposo o doloso de sus dependientes, para eximirse de responsabilidad deberán demostrar la ruptura del nexo causal, resultando insuficiente la prueba de su no culpabilidad, empero, cabe precisar que la institución sanitaria también podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el médico -interviniente directo- actuó diligentemente y no fue el causante del daño o que entre el autor directo (galeno) y la víctima (paciente) no concurren los requisitos generales de responsabilidad civil por hecho propio, ello debido a que si el daño no resulta imputable a los prestadores directos del servicio médico, desaparece el fundamento de la responsabilidad refleja del centro de salud y por tanto este no queda obligado a ningún resarcimiento.

Es que conforme lo sostiene Taboada Córdova⁸¹, el análisis de todo supuesto de responsabilidad civil indirecta por hecho ajeno supone en primer lugar, examinar respecto del autor directo y la víctima el cumplimiento de todos los requisitos generales de la responsabilidad civil (daño causado, conducta antijurídica, relación de causalidad, imputabilidad y los factores de atribución), de modo tal que se configure un perfecto supuesto legal de responsabilidad civil por hecho propio del autor directo respecto a la víctima. Luego, una vez que se ha determinado la existencia de un supuesto legal de responsabilidad civil por hecho del autor directo respecto de la víctima o víctimas, debe examinarse a continuación la concurrencia de los requisitos legales especiales por responsabilidad civil por hecho ajeno establecidos en la norma jurídica. En el mismo sentido, De Trazegnies⁸² considera que el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso dentro del régimen general de

80 En este caso doña Norma Esther Gutiérrez Rojas interpone demanda contra la Sociedad Francesa de Beneficencia, solicitando que ésta cumpla con pagarle una indemnización ascendente a la suma de cincuenta mil dólares americanos por falta de diligencia, deficiencia, defectuosa y tardía prestación de servicios médicos hospitalarios en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del “Contrato Madre Niño”, atribuidos por culpa inexcusable de los profesionales bajo su dependencia, que trajo como consecuencia la pérdida de su hijo dentro del claustro materno.

81 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Ob. cit., p. 96.

82 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I, 7ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 518.

responsabilidad extracontractual, no habiendo obligación del principal de indemnizar si previamente no existe un daño indemnizable conforme al régimen general de responsabilidad del Código Civil.

En el supuesto que el paciente haya contratado directamente con el establecimiento de salud y los profesionales intervinientes no estuvieran en relación de dependencia, el establecimiento sanitario respondería de manera objetiva y exclusiva - no solidariamente con el responsable directo del daño - conforme a lo establecido por el artículo 1325 del Código Civil que sentencia: “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”; sin perjuicio que luego el establecimiento asistencial repita contra el autor directo. Es decir, en este caso, producido un daño al paciente, el centro responderá en vía contractual tanto por los daños directamente imputables a él (por deficiencia en la organización de la prestación sanitaria, falta o mal estado del material, malas condiciones higiénicas, deficiencias de las medidas de seguridad del paciente adoptadas, etc.) como los causados por los profesionales de los cuales se vale para el cumplimiento de la obligación comprometida.

Discrepamos con el jurista Carhuatocto Sandoval cuando concluye que en base al citado artículo 1325 del Código sustantivo “Las clínicas, obras sociales y hospitales cuando se valen de médicos para ejecutar sus prestaciones asumen *responsabilidad solidaria* por los daños que éstos pueden causar con ocasión de la atención médica”⁸³, pues este dispositivo legal conlleva al establecimiento de salud a responder de manera exclusiva, no solidariamente con el autor directo de los daños.

Ahora bien, si el contrato de hospitalización o clínica se ciñe exclusivamente a la prestación de servicios extramédicos o paramédicos, sin contemplar la prestación de asistencia sanitaria, el centro no deberá responder de los daños que se deriven exclusivamente de los actos médicos practicados en sus instalaciones⁸⁴. En el mismo sentido, puede suceder que el galeno que va a intervenir quirúrgicamente al paciente no sea un médico del establecimiento de salud en donde va a operar, limitándose éste a arrendar el quirófano o, cuando el galeno atiende sus consultas en un ambiente del establecimiento de salud, que le arrienda el espacio físico para su consultorio, en ambas hipótesis siempre que el daño fuese exclusivamente atribuible a los profesionales médicos intervinientes, la

83 CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos*. Jurista Editores, Lima, agosto de 2010, p.153.

84 GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. Ob. cit., p. 26.

institución no sería en principio responsable, por no mediar dependencia jurídica de aquellos con relación a la misma.

De otro lado, aun cuando exista contrato entre paciente y establecimiento de salud, no se excluye la posibilidad que aquél considere demandar directamente al galeno causante del daño por responsabilidad extracontractual subjetiva según lo indicado por el artículo 1969 del Código Civil, concordante con lo indicado por el citado artículo 36 de la Ley General de Salud. En caso de ser varios los autores directos del daño, responderán solidariamente según lo estipulado por el artículo 1983 del Código sustantivo, en cuanto dispone que si son varios los responsables del daño, responderán solidariamente.

El segundo párrafo del artículo 48 de la Ley General de Salud indica que la estructura sanitaria resulta *exclusivamente responsable* por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece.

Así, se configura una forma de responsabilidad exclusiva (por hecho propio) del centro de salud, que prescinde de la existencia de una conducta culposa o dolosa por parte de las personas de las cuales se sirve, encontrando su base en el cumplimiento de las obligaciones que sean directamente atribuibles e imputables a la propia estructura sanitaria, como puede suceder cuando los daños que sufre el paciente son consecuencia de una inadecuada organización, utilización de instrumentos defectuosos, deficiente asepsia, etc. Los establecimientos de salud tienen un deber de conducta secundario –en relación con la obligación principal de servicios de salud- destinado a evitar que los pacientes sufran daños, ya sea por la producción de accidentes o por cualquier otra circunstancia, configurando esta una obligación de resultado.

8. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EQUIPO MÉDICO

La complejidad de la actividad médica influye de una u otra manera en la evolución de la responsabilidad profesional, teniendo en cuenta que el acto médico esencialmente individual en su origen tiende a convertirse con mayor frecuencia en un acto colectivo. El creciente desarrollo de la medicina requiere en la concepción y ejecución del acto médico, conocimientos cada vez más profundos, actualizados y especializados. Además, los avances de la ciencia imponen la necesidad de estructuras de ejercicio de gran sofisticación permanentemente actualizadas. Todo ello conduce a que la prestación individual clásica de la asistencia médica se

sustituya actualmente por prestaciones colectivas de integración y apoyo para la mejor atención del paciente.

Al respecto destaca Vázquez Ferreyra que resulta “...común que cuando se analiza la doctrina de la responsabilidad civil médica, se haga desde la perspectiva de la llamada medicina individual. Es decir, que se contemplan los supuestos en los cuales un médico determinado que atiende en forma individual a un paciente, le ocasiona un daño. Pero resulta que si bien es el caso más sencillo, hoy en día, debido a los avances de la ciencia médica, es también un supuesto de rara aparición (...). Es que esto no podría ser de otra manera si se contempla cómo se realizan las operaciones en la actualidad. Un autor español nos recuerda que la especialización y la colaboración entre médicos ha permitido, llevar a feliz término empresas de alta cirugía impensables en el pasado: Christian Barnard, el 3 de diciembre de 1967, realizó el primer trasplante de corazón humano contando con cincuenta y seis colaboradores y con el apoyo de doce médicos especialistas (...). Esta forma de practicar la medicina da lugar a una importante problemática que viene planteada, principalmente, por el hecho de determinar quién o quiénes serán llamados a responder civilmente frente a un perjuicio sufrido por el paciente”⁸⁵

En este contexto es innegable que la medicina moderna ha visto surgir un fenómeno de trascendental importancia: el de la pluralidad de los sujetos intervinientes. La época en que existía el “médico de cabecera” ha quedado atrás. Ahora, el enfermo se ve confiado a una multitud de personas u organismos: médico tratante, especialista, laboratorio, entre otros. Estas personas pueden intervenir simultáneamente (como en el caso del equipo quirúrgico) o prestar su concurso en forma sucesiva (como sucede en el supuesto del generalista que envía a su paciente a consultar con un especialista).

Resulta frecuente encontrar casos en los cuales la intervención quirúrgica supone la participación de varios médicos especialistas, auxiliares y técnicos que trabajan en coordinación con el jefe de equipo, quién orienta, supervisa y coordina la actividad. Es más, algunos actos médicos, como el quirúrgico, no pueden sino ser asumidos por un equipo, dada su complejidad y diversidad de especialidades que convoca. No todos necesariamente serán médicos: también incluye personal paramédico. La cuestión de la anestesia, el control cardiológico de determinados pacientes, el cirujano propiamente dicho y sus ayudantes, el biólogo, el hemoterapeuta, el instrumentalista, las enfermeras del quirófano, etcétera.

85 VAZQUEZ FERREYRA. Ob. cit., p. 65-66.

Cuando existe subordinación hacia el jefe del equipo, que dicta las directivas a los demás intervinientes y vigila su actuar, aquél responde objetivamente por los daños que cometan las personas bajo su cargo, siempre que haya tenido la posibilidad real y cierta de evitarlos.

Cuando el cirujano interviniente posea autonomía científica y técnica (como ocurre con el anestesista), el jefe de equipo no responde frente al daño cometido por aquél.

Chabas⁸⁶ indica que en el plano estrictamente médico existen dos formas de concebir la relación entre el cirujano y el anestesista. La primera consiste en tratar al anestesista como un simple ayudante, un subordinado del cirujano. La segunda, lo considera como una persona calificada y libre en todo lo que hace a su especialidad. Agrega el citado autor, que la primera concepción aparece hoy en día superada, pues el anestesista es un médico especializado en el área de la anestesia y reanimación; cuenta con un título universitario específico y por tanto, dentro de su campo él está más calificado que el cirujano y no recibe órdenes de éste. En dicho sentido, no existe duda que es el cirujano el jefe del equipo quirúrgico, pero su autoridad no puede extenderse más allá de la organización de los actos previos, simultáneos y posteriores a la operación, y a la verificación de su cumplimiento. Se estima que sólo en un caso extremo él podría ocupar el lugar del anestesista en el caso de ausencia o de no ejecución del acto por éste último.

9. RESPONSABILIDAD COLECTIVA DE LOS INTEGRANTES DEL EQUIPO MÉDICO

Bajo las circunstancias antes expuestas, uno de los problemas que debe enfrentar la víctima de responsabilidad profesional es su situación de ignorancia frente a las circunstancias fácticas que determinan el daño. La conducta de cuál de todos los facultativos que participaron en el acto médico es la causante del daño, se presentará muchas veces como inaccesible.

Actualmente existe la tendencia a hablar de la llamada “responsabilidad colectiva” o “causada por un miembro indeterminado de un grupo” que se presenta cuando dos o más sujetos, en forma espontánea o concertada, realizan una actividad o asumen una conducta o comportamiento que es susceptible de causar daño, el cual se produce

86 CHABAS, Francois. “Responsabilidad colectiva y por el hecho ajeno en el derecho privado francés”. En: *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*. Editora Platense, La Plata, 1992, p. 413.

efectivamente, pero es absolutamente imposible determinar cuál de estos sujetos ha sido el causante material e individual del perjuicio, a pesar de que el grupo se encuentra plenamente identificado⁸⁷.

Nos encontraríamos en este supuesto si intervinieran varios médicos para atender a un mismo paciente, actuando de manera separada pero simultáneamente, formando o sin formar equipo, y no fuese posible determinar quién de todos fue el autor del daño, aquí todos los partícipes deberán responder de manera solidaria frente a la víctima. Esto bien puede ocurrir “...dada la complejidad de la labor desarrollada y la interrelación existente entre las diversas conductas concretas de éstos diversos partícipes. En estos casos (...) existirá una responsabilidad “colectiva” o “plural” de todos y cada uno de sus componentes, por su propio hecho y también objetivamente por el hecho de los demás; esta última razón, solamente de no estar identificado el verdadero causante del daño entre los miembros del grupo o conjunto humano, y además por cuanto probada la relación de causalidad entre la intervención del equipo y el perjuicio, se presume el nexo causal con el obrar de cada uno de sus integrantes, salvo que alguno demuestre que su participación no fue ni pudo ser lo que provocara el daño, o en su caso fue concretamente lo que lo ocasionó”⁸⁸.

De no ser posible determinar la autoría del perjuicio experimentado por el paciente, la responsabilidad será de todos los médicos – y clínica en tanto y cuando los médicos pertenezcan al elenco de tal-. Asimismo, también dentro del equipo médico podrá existir responsabilidad colectiva si el paciente contrató a cada integrante individualmente y no es factible precisar el origen del daño. En tal supuesto, probada la relación de causalidad se presumirá la responsabilidad de los componentes del grupo. Estos para eximirse del deber de reparar, deberán demostrar entonces que su cometido no causó el perjuicio o bien cuál fue la causa del mismo.

Si nos limitamos al análisis de la culpa o dolo como criterios de atribución exclusivos (artículo 36 de la Ley General de Salud) y se exige de manera inflexible la comprobación del nexo causal entre el daño y quién lo cometió, lo normal sería que los daños queden sin reparación ante la imposibilidad de individualizar al autor directo o por la falta de comprobación de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

87 BARRÍA DIAZ, Rodrigo. *El daño causado por un miembro indeterminado del grupo* (consultado el 12/05/2015), formato pdf, disponible en: gredos.usal.es/jspui/.../1/DDP_Barria_Díaz_R_El_daño_causado_por.pdf.

88 TRIGO REPRESAS, Félix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. 2º edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, julio de 2008, p. 60.

Es por ello que se sugiere la condena solidaria de todos los miembros del grupo para evitar la injusticia de dejar sin reparación a la víctima solamente por no poder probar cuál de todos los componentes del grupo ha sido el autor del daño, estando, eso si, plenamente acreditado que el perjuicio sufrido proviene de dicho grupo y necesariamente el autor debe pertenecer a él⁸⁹.

10. EL ARTÍCULO 1762 DEL CÓDIGO CIVIL: LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

El artículo 1762 del Código Civil, inspirado en el artículo 2236 del Código Civil italiano, establece que “si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

La inclusión de éste artículo ha sido fuertemente criticada por la doctrina, al establecer que su redacción es ambigua, dando lugar a interpretaciones a favor de la parte profesional, al desprenderse de la literalidad de su texto una responsabilidad atenuada y colocar a la víctima del daño en una situación muy injusta, contradiciendo abiertamente el Principio de Solidaridad que inspira la responsabilidad civil⁹⁰; o que abre la puerta al establecimiento de soluciones claramente injustas para la víctima, protegiendo, de una manera absurda, los intereses de los profesionales, por lo cual la mejor alternativa es su derogación y someter la responsabilidad del profesional al régimen general que sobre la responsabilidad civil contractual se ha establecido⁹¹. También se sostiene que la regla del artículo 1762 es un error porque crea una excepción injustificable a la responsabilidad, ya que consagra un privilegio y no afronta el problema desde la perspectiva correcta⁹². Woolcott Oyague sostiene al respecto: “En efecto, el régimen de atenuación de la responsabilidad contemplado en el artículo 1762 se aplica siempre que el médico demandado logre acreditar que está frente a un problema de especial dificultad técnica, con lo cual el caso abandona el ámbito de la regla general de responsabilidad por

89 Íbidem, p. 43.

90 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*. ARA Editores, Lima, 2002, p. 568.

91 PAZOS HAYASHIDA, Javier: “Responsabilidad de los profesionales. Responsabilidad relativa a problemas técnicos de especial dificultad”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo IX, Gaceta Jurídica, marzo, 2007, p. 159.

92 Vid DE TRAZEGNIES GRANDA: “La responsabilidad profesional no existe”. En: *Responsabilidad Civil. Derecho de Daños*. Tomo V, Editorial Grijley, Lima, 2006, pp. 359-360.

incumplimiento que presume la culpa leve del deudor, conforme al artículo 1329 del Código Civil, complicando la tarea probatoria de la víctima del daño, pues para que esta tenga éxito en su pretensión reparatoria debe acreditar dolo o la culpa inexcusable, en concordancia con el artículo 1330 del mismo código, por lo que no puede ser calificado sino como una prueba diabólica que ha impuesto el legislador a la víctima de un daño profesional”⁹³.

Es que en apariencia, el artículo bajo comentario contiene una disyunción que divide entre los casos relativos a “*asuntos profesionales*” y los “*problemas técnicos de especial dificultad*” por lo que, interpretado literalmente, se estaría aludiendo a dos supuestos distintos a los que se aplicaría el mismo régimen, no obstante, la especial dificultad sólo se requeriría en el último de ellos. En tal sentido, establecería un régimen injustificado de privilegio para el profesional al disponer que cualquier asunto profesional, aún el más sencillo, se encontraría dentro de su ámbito⁹⁴.

En tal razón, es necesario realizar una interpretación restrictiva, en el sentido que el prestador de servicios será exonerado de responsabilidad por culpa leve únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos, situaciones excepcionales como tratamientos médicos experimentales o en estado de necesidad extremo. Por el contrario, cuando se trate de problemas técnicos que no son especialmente difíciles y donde la experiencia médica estadísticamente concluye que son asuntos técnicos ordinarios y no de especial dificultad para un médico especialista, el prestador de servicios es plenamente responsable aún por culpa leve. Consecuentemente, el profesional médico no podría excusar su responsabilidad si por ejemplo, realiza su intervención quirúrgica en estado de ebriedad o si trata al paciente con tal brusquedad o descuido que éste cae de la mesa de operaciones. En cambio, no existiría responsabilidad cuando el médico en un caso de suma urgencia decide llevar adelante una operación arriesgada y que se encuentra todavía en estado experimental, debido a que las oportunidades del paciente son menores en caso no se le intervenga. Si la medida fracasa debido a la falta de conocimiento del galeno sobre la forma de experimentarla, ese médico no será responsable porque no le quedaba otro camino y era razonable que se arriesgara a hacer algo que todavía no estaba plenamente probado.

93 WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, febrero de 2004, p. 81.

94 CARDENAS QUIROZ, Carlos: “La responsabilidad civil de los profesionales”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, Vol. 49, Años 1991-1992, p. 325.

En el campo de la responsabilidad civil de los médicos – en base a esta interpretación restrictiva – sería de aplicación el artículo bajo examen sólo a los casos donde el estado actual de la medicina no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico. Es decir, para imputar responsabilidad al galeno se requerirá la existencia de dolo o culpa grave cuando en la experiencia médica no exista conocimiento cierto.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 220-2013-Lima, de fecha 12 de noviembre de 2013, decidió respecto de un caso donde una mujer fue atropellada por un ómnibus y atendida en una clínica por un galeno que cubrió con una férula la pierna afectada de la víctima, quedando ésta infectada. La clínica demandada argumenta en su recurso que conforme al artículo 1762 del Código Civil, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, no responderá por daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. A criterio del tribunal supremo, en la referida intervención no corresponde aplicar el artículo 1762 del Código Civil por cuando este precepto exige problemas técnicos de especial dificultad y una herida producto de un accidente automovilístico no reviste dificultad, por tanto, debe presumirse que los galenos especializados poseen la suficiente experiencia para determinar cuándo procede el uso de una férula. Agrega que mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado tipo de prestación, más riguroso será el criterio de diligencia, lo cual generará una relación de correspondencia entre el respeto del protocolo y el éxito de la intervención médica. En cambio, en la medida en que haya incertidumbre sobre los métodos aplicables, o en que se trate de un problema que presente particular dificultad técnica, la responsabilidad se limitará a los casos en que exista dolo o culpa inexcusable.

De otro lado, cabe preguntarse si el artículo 1762 del Código Civil resulta aplicable sólo a supuestos de responsabilidad civil contractual o si también se extiende al ámbito extracontractual. Ello debido a que por la ubicación del citado dispositivo (Disposiciones Generales de la Prestación de Servicios) se podría alegar que resulta de aplicación exclusivamente en el ámbito obligacional derivado de las modalidades nominadas de la prestación de servicios así como de los contratos innominados de “doy para que hagas “ y “hago para que des” según el ámbito de aplicación delimitado por los artículos 1756 y 1757 del Código Civil; además se agregaría que siendo una norma de excepción, que excluye al profesional del régimen general establecido en la sección de inexecución de obligaciones, no podría ser aplicada por analogía ni extensivamente a los

supuestos de responsabilidad civil extracontractual en base a lo indicado por el artículo IV del Título Preliminar del citado texto normativo.

En mi opinión, el artículo bajo comentario resulta de aplicación tanto para supuestos de responsabilidad civil contractual como extracontractual, sería ilógico que los profesionales (entre ellos los médicos) sean exonerados de culpa leve sólo en los supuestos donde existe una relación obligacional previamente pactada (obviamente cuando se trate de asuntos profesionales y problemas técnicos de especial dificultad), en tanto que en los supuestos extra obligacionales tengan que responder aún por culpa leve, ello conllevaría a soluciones incoherentes además de injustas y discriminatorias. Es más, autorizada doctrina menciona que “la norma de 1762, redactada de manera más precisa, debió haber estado en la parte del Código Civil que trata de la responsabilidad extracontractual y no en la que se refiere a la responsabilidad contractual”⁹⁵.

11. INVALIDEZ DE LOS PACTOS ANTICIPADOS DE EXCLUSIÓN O EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Estos pactos o cláusulas son estipulaciones accesorias mediante las cuales una de las partes establece previamente que no será responsable respecto de la otra por el daño que ésta pudiese eventualmente sufrir, o no lo será por el total de la indemnización. Es así que podemos hablar, en principio, de dos tipos de cláusulas: a) Las referidas a los factores de atribución, donde se ubican las dispensas de culpa y dolo propio y ajenos, y de las responsabilidades objetivas y b) Las limitativas o reductoras del *quantum* indemnizatorio y que pueden consistir en la total eliminación de la indemnización, la reducción a una suma irrisoria, la limitación a una suma a *fortfait*, limitar la indemnización a un porcentaje de los daños sufridos, las que limitan la garantía patrimonial y según otros autores también en cuanto al tema de la carga de la prueba⁹⁶.

La doctrina clásica aceptó la posibilidad de dispensar la responsabilidad por culpa leve, aunque con limitaciones y diversidades en los detalles, sin embargo, en cuanto a la dispensa del dolo del deudor, es un principio universalmente aceptado que semejante cláusula carece de toda eficacia, ya que contrariamente queda resentido el concepto mismo de obligación al faltar el vínculo jurídico (para muchos el elemento esencial).

95 DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 390.

96 CORDOBERA GONZALES DE GARRIDO, Rosa y GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa. “Las clausulas exonerativas o limitativas de la responsabilidad profesional”. En: *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*. Editora Platense, La Plata, 1992, p. 233.

Además, el cumplimiento de la prestación queda librado al capricho del deudor, el dolo ofende la moral y buenas costumbres, una cláusula de esta naturaleza priva al negocio de la causa final y, en fin, una dispensa de dolo contraviene el orden público debido a que permite el aniquilamiento del contrato como instrumento base de organización social⁹⁷.

Mucho se ha discutido en relación a la posibilidad de exonerar o limitar la responsabilidad del médico, por daños personales que pueda causar a un paciente, a través de una cláusula exoneratoria o limitativa, es decir, que se pacte o se convenga anticipadamente la irresponsabilidad del galeno.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe dicha posibilidad, ya que todo pacto que excluya o limite anteladamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable deviene en nulo, tanto en el campo contractual como extracontractual, conforme a lo dispuesto por los artículos 1328 y 1986 del Código Civil, respectivamente. Es más, creemos que en materia de responsabilidad civil médica tampoco cabe la posibilidad de excluir anticipadamente los daños aun cuando hubieran sido ocasionados con culpa leve, ya que la lesión de la integridad físico – psíquica atenta contra normas de orden público, téngase presente que el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud - Ley Nro. 26842, textualmente prescribe que “la norma de salud es de orden público”.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 3887-2013-Lima donde expresa: “... debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 1325 del Código Civil mediante el denominado “pacto en contrario”, indicaría la posibilidad de que el deudor se exonere anticipadamente de responsabilidad por los hechos culposos o dolosos de sus auxiliares o colaboradores; sin embargo, dicho enunciado normativo debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 1328 del Código Civil que expresamente establece la nulidad de toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, siendo también nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público; como en el presente caso, donde al momento de la realización del tratamiento de hemodiálisis, la demandante es contagiada con hepatitis C, como consecuencia del incumplimiento con las normas de bioseguridad, que rigen este tipo de tratamiento, obligaciones que debieron estar controladas por ambas demandadas, debido a que Essalud al contratar los servicios de la Clínica

97 BUERES, Alberto. Ob. cit., p. 554.

Lab Ren S.A para que sus asegurados (como la demandante) reciban tratamiento de hemodiálisis, ésta tenía la obligación de verificar y supervisar antes y después de la suscripción del contrato que la aludida Clínica cumpla con las exigencias mínimas para realizar el tratamiento de hemodiálisis; por lo que, no cabe la posibilidad de excluir anticipadamente la responsabilidad de Essalud aun cuando el tercero hubiera ocasionado daños actuando con culpa leve, ya que la lesión a la salud de la demandante, atenta contra normas de orden público, pues el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud - Ley N° 26842, prescribe que la norma de salud es de orden público y regula materia sanitaria, así como la protección del ambiente para la salud y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas”.

Asimismo, si el contrato es uno de adhesión se aplicaría lo establecido por el artículo 1398 que indica que en éste tipo de contratos, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quién las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.

Es que se debe tener en cuenta que dichas cláusulas presentan los siguientes inconvenientes: 1) Despreocupación de los deudores (médicos) en el cumplimiento adecuado de sus prestaciones; 2) Alientan la desidia, el descuido y la negligencia; 3) Suelen ser impuestas por quién tiene una supremacía en la contratación; 4) No suelen ser debidamente informadas al co-contratante y 5) Desprotegen a la víctima⁹⁸.

Sin embargo, esta situación parece ser ignorada, ya que es frecuente observar que los médicos pretenden protegerse haciendo firmar anticipadamente documentos de limitación o exoneración de responsabilidad, sin percatarse que dichos actos son nulos⁹⁹.

No debe confundirse las autorizaciones que se otorgan para someterse a una intervención quirúrgica riesgosa o procedimiento médico especial con acuerdos de exoneración o limitación anticipados de responsabilidad, ya que las primeras son una manifestación de voluntad que partiendo de la obligación que tiene el galeno de informar, están dirigidas a permitir que se realice la intervención quirúrgica; pero de ninguna manera pueden exonerar o limitar la responsabilidad de una mala praxis médica¹⁰⁰.

Constituye supuesto distinto el que en determinados contratos médicos - sobre todo cuando el galeno se ha comprometido a ejecutar obligaciones de resultado - las partes pueden establecer una cláusula penal, delimitando

98 CORDOBERA GONZALES DE GARRIDO, Rosa y GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa. Ob. cit., p. 234.

99 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico Peruano*. 2º edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, p. 130.

100 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 89.

el resarcimiento en caso de incumplimiento conforme lo faculta el artículo 1341 del Código Civil; recomendando en estos casos que se deje a salvo la indemnización de posibles daños ulteriores que permitan luego demandar el aumento del monto indemnizatorio hasta cubrir el íntegro de los daños y perjuicios. No se debe de perder de vista que en el caso que nos acoge, los daños pueden manifestarse bajo tres supuestos: a) daño de manifestación instantánea: se manifiesta en su totalidad en forma inmediata; b) daño de manifestación gradual: no se pone de manifiesto en forma inmediata sino gradualmente y c) daños de manifestación diferida: entre la acción u omisión imputable y la manifestación del daño existe un prolongado lapso de tiempo. En los dos últimos supuestos puede darse el caso de deterioros progresivos en la salud del paciente conforme transcurre el tiempo, lo que justificaría el incremento del monto indemnizatorio.

12. BIBLIOGRAFÍA

- AZAR, Aldo M. *Obiligaciones de medios y de resultado*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2012.
- BLAS ORBÁN, Carmen. *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- BUERES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, febrero de 2010.
- CALVO COSTA, Carlos A. *Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del “sistema de salud” analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia*. Hammurabi, 2014.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. *La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos*. Jurista Editores, Lima, 2010.
- CHABAS, Francois. “*Responsabilidad colectiva y por el hecho ajeno en el derecho privado francés*”. En: *Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno*. Editora Platense, La Plata, 1992.

- DE TRAZEGNIES GRANDA. “La responsabilidad profesional no existe”.
En: *Responsabilidad civil. Derecho de daños*”. Tomo V, Editorial
Grijley, Lima, 2006.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad
extracontractual*. Tomo I, 7º edición, Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 2º
Edición, Gaceta Jurídica, septiembre de 2003.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *La responsabilidad civil del médico
y el consentimiento informado*. Editorial Motivensa, Lima, 2011.
- GARCÍA GARNICA, María Del Carmen. *Aspectos básicos de la
responsabilidad civil médica*. Thomson Reuters, España, julio de
2010.
- GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Responsabilidad de obstetras y
ginecólogos, laboratorio y director técnico e investigadores en
medicina*. Derecho médico, Vol. 5, Nova Tesis, Argentina, 2000.
- LOMBANA VILLALBA, Jaime. *Derecho penal y responsabilidad médica*.
Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2007.
- LOPEZ MESA, Marcelo (Director). *Tratado de responsabilidad médica*.
Editorial Legis, Buenos Aires, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*.
Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2005.
- MEIRELLES GOMES, Júlio César y otros. *Error médico*. Editorial IBdeF,
Montevideo, 2002.
- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario.
Compendio de Derecho de Obligaciones. Palestra Editores, Lima,
2008.
- PARADISO, Massimo. “La responsabilidad civil médica entre
confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”. En: *Estudios*

sobre la responsabilidad civil, César Moreno More (Coordinador). Ediciones Legales, 2015.

PAZOS HAYASHIDA, Javier: “Responsabilidad de los profesionales. Responsabilidad relativa a problemas técnicos de especial dificultad”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo IX, Gaceta Jurídica, marzo, 2007.

PELAYO GONZALEZ-TORRE, Ángel. *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*. Dykinson, Madrid, 1997.

RODRIGUEZ LÓPEZ. Pedro. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Editorial Bosch, junio de 2004.

RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio. *Responsabilidad penal en el ejercicio de las actividades médico sanitarias*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo. *Estudios de Responsabilidad Civil*. Universidad Externado de Colombia, mayo de 2003.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, junio de 2001.

TRIGO REPRESAS, Félix. *Reparación de daños por mala praxis médica*. 2º edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, julio de 2008.

URRUTIA, Almícar. *Responsabilidad civil por mala praxis quirúrgica*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, mayo de 2010.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2º Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, agosto de 2002.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, febrero de 2004.

XAVIER, Abel Lluch (Director). *Objeto y carga de la prueba civil*. Editorial Bosch, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal*. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.