

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

Juan Carlos García Huayama *

“¿Quieres ser médico hijo mío?. Aspiración es esta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyenta de ellos el temor. Pero ¿has pensado en lo que va a ser tu vida? (...)

No cuentes con el agradecimiento de tus enfermos. Cuando sanan, la curación se debe a su robustez; si mueren tú eres quien los ha matado. Mientras están en peligro, te tratan como un Dios; te suplican, te prometen, te colman de halagos. Apenas empiezan a convalecer, ya les estorbas. Cuando les hablas de pagar los cuidados que les has prodigado, se enfadan y te denigran. Cuanto más egoístas son los hombres, más solicitud exigen”.

LOS CONCEJOS DE ESCULAPIO.

Dios romano de la medicina.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Naturaleza de la responsabilidad civil médica: ¿responsabilidad civil contractual o extracontractual?. 3.- responsabilidad objetiva o subjetiva. 4.- El artículo 1762 del Código Civil: limitación de la responsabilidad civil de los profesionales. 5.- La invalidez de los pactos anticipados de exoneración o limitación de responsabilidad.

* Fiscal Adjunto Provincial Titular Civil y de Familia de Castilla - Piura.
Doctorando en Derecho por la Universidad Nacional de Piura.
Egresado del XI Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura – PROFA
y de la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional de Piura.
Docente de Derecho de Obligaciones en la Universidad Los Ángeles de Chimbote – Sullana.
juancarlosgh1@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN:

La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional, cuya existencia como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general no resulta pacífica¹.

La responsabilidad civil médica - al igual que sucede con la responsabilidad por daños ambientales o la generada por productos defectuosos -, ha cobrado un desarrollo notable en los últimos años. Como lo sostiene Vásquez Ferreyra, si revisamos en cualquier repertorio de jurisprudencia que tenga más de treinta 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”². Es que no se puede negar que la Medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones de indemnización por perjuicios.

Son múltiples las causas de este notable aumento de demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos prestadores de salud. En primer lugar, no es que ahora los médicos actúen con mayor negligencia que años atrás, sino que han perdido la histórica inmunidad de la que gozaban y, en mérito a la cual sólo estaban sometidos a las reglas de la ética profesional o a su conciencia y en caso de quebrantarlas simplemente se limitaban a la censura social. Así lo confirma el juramento hipocrático al expresar: “Si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar plenamente de mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres, si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mi la suerte contraria”; es decir, sus actos dañosos no se traducían a una sanción jurídica sino que se limitaban al desprestigio social. Incluso, anteriormente el médico era considerado como un superior o hasta divino que nunca podía equivocarse y si algo malo le ocurría al paciente, era recibido como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad del destino, inclusive a mediados de la década del cuarenta del siglo pasado aún se sostenía que “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...”³.

Otra de las causas del aumento de litigios contra los galenos es que en la actualidad la relación médico – paciente se ha modificado sustancialmente por la llamada masificación de la medicina, fenómeno producido “...fundamentalmente por la

¹ De Trazegnies Granda sostiene “creo que la responsabilidad profesional no es una situación jurídica con características 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; Pág. 359-360).

² VASQUEZ FERREYRA, Roberto: “La responsabilidad civil de los médicos” en: www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf

³ MARAÑÓN, Gregorio citado por Ricardo Luis Lorenzetti: “La responsabilidad médica” en “Responsabilidad Civil. Derecho de Daños”; Tomo V; Editorial Grijley; Lima, 2006; Pág. 133.

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”, 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 población”⁴. Además, los enormes avances de la medicina han hecho necesaria la especialización, lo que conlleva a que un mismo paciente sea atendido por múltiples profesionales, desconociendo muchas veces la identidad de los mismos, habiéndose extinguido la antigua relación de confianza que existía con el “médico de cabecera”.

Del mismo modo, la evolución de las relaciones sociales ha contribuido con el eclipse del llamado “médico de cabecera”, ya que actualmente 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 ocasionados⁵. El paciente en la modernidad, aparece como un acreedor de la prestación de salud, un consumidor anónimo de servicios médicos.

También se menciona como posibles causas del incremento de acciones que persiguen la reparación de daños causados a pacientes, la menor tolerancia frente a los riesgos de la vida entre los ciudadanos; 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 judicial⁶, 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.

La excesiva proliferación de procesos en materia de responsabilidad médica puede traer como efectos negativos la desincentivación de algunas especialidades consideradas riesgosas (anestesiología, neurocirugía, obstetricia, etc.), desminuyéndola hasta tal punto que no sea suficiente para abastecer la demanda existente; asimismo, genera el aumento del costo de los servicios, toda vez que los galenos se ven forzados a adoptar medidas de precaución como programas de diagnóstico y terapéuticos excesivos, rechazo de casos difíciles, y/o contratar seguros médicos, ejerciendo su profesión a la defensiva, lo que finalmente conlleva a incrementar el precio de los servicios. En este sentido, Fernández Puente señala que “El gran peligro del incremento de demandas es el progresivo miedo a ejercer,

⁴ SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo: “La responsabilidad civil del médico frente a la socialización de la Medicina”; en: “Estudios de Responsabilidad Civil”; Universidad Externado de Colombia; mayo del 2003; Pág. 246.

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales”; en Diálogo con la Jurisprudencia, Año N° 7, N° 30, Marzo del 2001. Pág. 62.

⁶ TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio: “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales” en <http://www.blog.pucp.edu.pe/item/25670>.

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”⁷.

El lado positivo es que “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 médico”⁸.

2.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

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”⁹.

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 previo¹⁰.

El Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 0001-2005-PI/TC también ha emitido pronunciamiento al respecto, alegando 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 inexecución 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

⁷ FERNANDEZ PUENTE, Manuel: “Aspectos históricos de la responsabilidad médica”; en Revista Chilena de Cirugía; Vol. 54 – N° 6; Diciembre del 2002; Pág. 564.

⁸ SARMIENTO GARCÍA, Manuel Guillermo; ob. cit.; Pág. 247.

⁹ SEDANO VASQUEZ, Duncan: “La responsabilidad civil médica en el Perú”; en Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 36, Julio del 2000.

¹⁰ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: “Elementos de la responsabilidad civil”, Grijley, Junio del 2001. Pág. 27.

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, pero 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. Uno de los pocos defensores contemporáneos de la tesis de la responsabilidad extracontractual de los médicos es el jurista argentino Guillermo Borda, quién señala 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 cuasi delictual; agrega 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 es posible admitir la existencia de un contrato en el cual cada una de las partes puede resolverlo libremente¹¹.

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 las siguientes: a) en el caso que el paciente fallezca como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son los familiares; b) servicios requeridos por un tercero, distinto del paciente, siempre que no haya representación legal o voluntaria; c) prestación realizada contra la presunta voluntad del beneficiado (caso del suicida que es atendido por un facultativo); d) servicios prestados espontáneamente en casos de urgencia; e) la atención de un incapaz de hecho sin poder comunicarse con su representante legal; f) si el contrato celebrado entre el facultativo y el pacientes es nulo por carecer de alguno de sus elementos esenciales.

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 conforme lo detallamos a continuación:

	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	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.). El deudor que incumple la obligación por culpa inexcusable o dolo, responde tanto de los daños y perjuicios previsibles como imprevisibles.	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.).

¹¹ Citado por LORENZETTI, Ricardo Luis: “Responsabilidad civil de los médicos”; Editorial Jurídica Grijley; Lima, 2005; Pág. 14.

Carga de la Prueba	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.) 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.	Las culpa y el dolo (sic) se presumen (Artículo 1969 del Código Civil).
--------------------	---	---

Concordamos con Espinoza Espinoza cuando sostiene que el problema real 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 importante no es el origen del daño sino como solucionar las consecuencias¹². En tal sentido, sería necesaria la unificación de los regímenes de responsabilidad civil, pues la coexistencia de dos órdenes normativos distintos para referirse a un solo hecho (el daño causado) solamente provoca inequidad¹³.

La jurisprudencia - 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, cuando a consecuencia del incumplimiento de una relación obligatoria también se infringe el deber genérico de no dañar a otro, en este caso, la víctima tiene la facultad de hacer efectiva su pretensión en la vía contractual o extracontractual conforme a la situación más favorable que ofrezca la norma jurídica.

En cuanto a la forma contractual que asume la relación médico - paciente, queda establecido que generalmente encuadra dentro de una locación de servicios, 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.”¹⁴.

3.- RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA

Entre las obligaciones que tienen como objeto una prestación de hacer, se distingue a las obligaciones de medios y obligaciones de resultados; cabe señalar que esta clasificación fue formulada por primera vez por el jurista francés Demogue a

¹² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la responsabilidad civil”. 2ª Edición; Gaceta Jurídica S.A. septiembre del 2003; Pág. 44 – 45.

¹³ En contra de la unificación de los sistemas de responsabilidad civil se ha pronunciado entre otros, LEYSER LEON quién sostiene que: “...toda invocación o intento legislativo encaminado hacia la uniformización de dos entidades que han sido, son y seguirán siendo distintas, aunque la ley vuelva comunes algunas de sus reglas, carece de sustento y utilidad” (vid. LEON HILARIO, Leyser: “La responsabilidad civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas”; Norma Legales; junio del 2004; Pág. 23).

¹⁴ GUTIERREZ CAMACHO, Walter: “Paciente o Consumidor: El Contrato de Servicio Médico y la responsabilidad del médico”; en: Diálogo con la jurisprudencia, Año 6 - N° 22, Julio del 2000. Pág. 59.

finales de los años veinte del siglo pasado, luego fue adoptada por los hermanos Mazeud, aunque con una denominación distinta (“obligaciones generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”).

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.

El profesor Sedano Vásquez¹⁵ 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 1321 y 1969 del Código Civil. En consecuencia, al paciente perjudicado le basta alegar 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 resultados¹⁶.

La Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI al respecto ha establecido 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*

¹⁵ SEDANO VASQUEZ, Duncan; ob.cit. Pág. 110.

¹⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: “Compendio de Derecho de Obligaciones”; Palestra Editores; Lima, 2008; Pág. 130.

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”¹⁷.

Sin embargo, 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.

No cabe duda que por regla general 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”. Sin embargo, considero que en determinados casos (como ocurre con la cirugía estética embellecedora, intervenciones odontológicas y otras 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, 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.

Doctrinariamente se dice que la responsabilidad será subjetiva cuando la obligación sea 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 suficiente 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”¹⁸. 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, con lo cual se ha consagrado exclusivamente la responsabilidad por culpa para ellos.

Sin embargo, los establecimientos de salud (clínicas, hospitales, postas médicas, etc.) responden objetivamente, pues el artículo 48 de la citada Ley General de Salud¹⁹, establece para ellos una responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que causa el personal bajo su dependencia, tanto en supuestos contractuales como

¹⁷ Ver Resolución Nro. 947-2005/CPC, emitida en el Expediente Nro. 435-2003/CPC seguido por Hilda Maribel Silva Monrriy contra Juvencio Centri de Cirugía Estética S.A.C.

¹⁸ YZQUIERDO TOLSA, Mariano: “La Responsabilidad Civil Médico – Sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los Dogmas creíbles e increíbles de la jurisprudencia. En <http://www.ajs.es/downloads/vol09015.pdf>.

¹⁹ “Artículo 48: 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 (...)”.

extracontractuales, en éste último caso en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1981 del Código Civil²⁰; es decir, los establecimientos de salud son responsables por el solo hecho de mantener un vínculo de dependencia con el autor directo del daño. De allí que para eximirse de responsabilidad, deberán demostrar la ruptura del nexo causal, resultando insuficiente la prueba de su no culpabilidad, empero, cabe precisar que el establecimiento podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el interviniente directo actuó diligentemente, por tanto no se ha cumplido alguno de los requisitos generales de la responsabilidad civil por hecho propio entre el autor directo y la víctima. Es que conforme lo sostiene Taboada Córdova²¹, 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 Trazegnies²² considera que el acto del dependiente debe ser de tal naturaleza que se encuentre incurso dentro del régimen general de 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.

Así lo ha entendido la Sala de Defensa de la Competencia del Tribuna del INDECOPI en la Resolución Nro. 331-2001/TDC donde señala: “(...) *teniendo en cuenta que dichos médicos se encontraban en una **situación de dependencia** frente al Hospital al momento de brindar los servicios de salud, **ésta entidad es la que resulta responsable** finalmente por los hechos denunciados, de conformidad con lo establecido por la Ley. En efecto, la Ley considera que el proveedor, en este caso, el Hospital, se vale de sus dependientes para prestar un servicio, siendo la actuación de aquellos únicamente el medio para cumplir con su obligación frente al consumidor o usuario*”²³

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 respondería de manera objetiva y exclusiva - no solidariamente con el responsable directo del daño - conforme a lo establecido por el artículo 1325 del Código Civil²⁴; no excluyéndose que el paciente pueda demandar directamente a los galenos causantes del daño por responsabilidad extracontractual

²⁰ “Artículo 1981: Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

²¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo; ob. cit; Pág. 96.

²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “La responsabilidad extracontractual”; Tomo I; 7ª Edición; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Lima, 2001; Pág. 518.

²³ Ver Resolución N° 331-2001/TDC –INDECOPI emitida en el Expediente N° 126-2000/CPC seguido por Víctor Roberto Montes Díaz contra el Hospital Nacional Arzobispo Loayza y los doctores José Antonio Mauricci, Sergio Yong Motta, fernando Herrera Huaranga y Jesús Iriarte Blas.

²⁴ “Artículo 1325: El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

subjetiva según lo indicado por el artículo 1969 del referido texto legal²⁵. En caso de ser varios los autores directos del daño, también responderán solidariamente según lo estipulado por el artículo 1983 del Código Civil²⁶.

No debe dejar de resaltarse el hecho que es común 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 del equipo, quién orienta, supervisa y coordina la actividad. Cuando existe subordinación hacia el jefe del equipo, que dicta las directivas a los demás intervinientes, aquél responde objetivamente por los daños que cometan las personas bajo su cargo, en la medida que haya tenido la posibilidad real y cierta de evitarlos. En el supuesto que el cirujano interviniente posea autonomía científica y técnica (como ocurre con el anestecista), el jefe de equipo no responde frente al daño cometido por aquél.

4.- 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, recomendándose su derogación 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 civil²⁷; 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 establecido²⁸.

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,

²⁵ “Artículo 1969: Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

²⁶ “Artículo 1983: Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.

²⁷ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: “La Responsabilidad Civil de los Profesionales”: ARA Editores; Lima, 2002; Pág. 568.

²⁸ 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; Pág. 159.

establecería un régimen injustificado de privilegio para el profesional al disponer que cualquier asunto profesional, aún el más sencillo, se encontraría dentro de su ámbito²⁹.

En tal razón, es necesario realizar una interpretación restrictiva, en el sentido que el prestador de servicios será exonerado de responsabilidad por culpa únicamente cuando la inejecución de la obligación es por razón de la especial dificultad de los problemas técnicos, esto es, tratándose de problemas técnicos que no son especialmente difíciles, el prestador de servicios es plenamente responsable aún por culpa leve.

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, se requerirá la existencia de dolo o culpa grave cuando en la experiencia médica no exista conocimiento cierto.

5.- LA INVALIDEZ DE LOS PACTOS ANTICIPADOS DE EXCLUSIÓN O EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

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 1328³⁰ y 1986³¹ del Código Civil, respectivamente. Inclusive creemos que en materia de responsabilidad civil médica tampoco cabe la posibilidad de excluir los daños ocasionados con culpa leve, ya que la lesión de la integridad físico – psíquica atenta contra normas de orden público.

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 nulos³².

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

²⁹ CARDENAS QUIROZ, Carlos: “La Responsabilidad Civil de los Profesionales”, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas; Lima, Vol. 49; Años 1991-1992; Pág. 325.

³⁰ “Artículo 1328: Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.

También es 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”.

³¹ “Artículo 1986: Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable”.

³² VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: “Derecho Médico Peruano”; 2da. Edición; Editora Jurídica Grijley; Lima, 2001; Pág. 130.

ninguna manera pueden exonerar o limitar la responsabilidad de una mala praxis médica³³.

³³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan; Ob. Cit. Pág. 89.