

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES LIBERALES EN GENERAL Y DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDICOS EN PARTICULAR

1.- De la responsabilidad de los profesionales liberales en general.

1.1. Perfil del profesional liberal.

El concepto de profesión liberal suele aludir a dos características:

- a) Se trata de oficios en los que predominan las destrezas intelectuales por sobre las manuales; y
- b) Se ejerce "*liberalmente*", es decir, sin subordinación por parte del prestador de servicios respecto del cliente.

El Código Civil distingue dos tipos de profesiones liberales:

- a) La primera, consiste en la realización de obras inmateriales o en las que predomina la inteligencia sobre la mano de obra, ya se trate de un servicio puntual (como por ejemplo, la corrección de un impreso, artículo 2006), ya se trate de una larga serie de actos (como por ejemplo, el profesor particular, artículo 2007), y que se regulan como un **contrato de arrendamiento de servicios** (regulado en los artículos 2006 y siguientes).
- b) La segunda, corresponde a "*las profesiones o carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros*" (artículo 2118). Los servicios de estas profesiones son regulados por las reglas del **contrato de mandato** y supletoriamente, por las del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2118 y 2012).

1.2. La responsabilidad civil del profesional liberal.

Usualmente, su responsabilidad deriva del incumplimiento de las obligaciones que le ha impuesto el **contrato**, sea que se hayan explicitado, o deriven de la naturaleza de la obligación, o que por la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546).

Concretamente, se aplicará el artículo 1999, que se remite al artículo 2006. El mismo artículo 1999 rige para las profesiones que se regulan por las reglas del mandato, con las graduaciones del artículo 2129 (según si se trate de un mandato remunerado, donde la responsabilidad será "*más estricta*", o si estamos ante un mandato asumido contra la voluntad del mandatario, donde se responderá en forma "*menos estricta*", aunque en ambos casos, dentro del rango de la culpa leve, según lo que estudiamos).

Habrá también supuestos de **responsabilidad precontractual**, como en el caso del artículo 2125, cuando la persona a quien se le encargan negocios ajenos, no adopta providencias conservativas urgentes. El incumplimiento de esta obligación precontractual dará lugar a la correspondiente indemnización de perjuicios.

Asimismo, habrá casos en los que la responsabilidad profesional debe ser considerada **extracontractual**, o al menos, no derivada de un contrato. Por ejemplo, cuando el deber de actuación profesional proviene de un imperativo legal, como en el caso en que el Estado nombra a un abogado de turno para representar a quien no puede proporcionárselo por sí mismo.

Por otra parte, todos los daños que el profesional cause a terceros al ejecutar un contrato, se regirán por las reglas de la responsabilidad extracontractual, ya que para ellos, el contrato no les resulta oponible.

Un aspecto que puede suscitar dudas, dice relación con la **responsabilidad colectiva** de **un equipo** o de **una sociedad de profesionales**. Ello, porque en las sociedades modernas, las profesiones liberales difícilmente se ejercen de manera individual, siendo frecuente la formación de equipos en que confluyen profesionales de la misma o diversas profesiones. La confluencia puede darse de hecho, como una organización no formalizada jurídicamente, pero que opera como grupo, o mediante la constitución de una sociedad de servicios profesionales. ¿Cómo se responde si uno de los miembros del grupo o uno de los socios causa el daño por su desempeño profesional? Si se trata del acto de un socio, éste será responsable, pero al mismo tiempo, la sociedad también resulta responsable, pues ella ha sido parte en el contrato. Para los grupos no constituidos como sociedad, la respuesta es distinta. El contrato de prestación de servicios se habrá celebrado entre el cliente y el miembro del grupo que causó el daño, de manera que sólo él será responsable de su deficiente desempeño profesional, y no el resto de los profesionales que integran la comunidad.

A su vez, cabe señalar que los profesionales liberales están excluidos de la responsabilidad que se regula por la ley número 19.496 sobre protección de derechos de los consumidores, ya que tales profesionales no ejecutan actos de comercio y no se da el requisito del artículo 2° de dicha ley, en orden a que se trate de un acto mixto: mercantil para el proveedor y civil para el consumidor. Lo mismo ocurre con las sociedades profesionales: el artículo 2° de la ley les hace inaplicable su normativa, al no ejecutar dichas sociedades actos mercantiles.

2.- De la responsabilidad de los médicos en particular.

2.1. La judicialización del daño médico y sus consecuencias.

La responsabilidad médica es uno de los tópicos más analizados en la actualidad, pues la salud se mira hoy como un derecho, viéndose al médico como un profesional más, que debe responder por sus hechos como cualquier otro. Sin embargo, existe el riesgo de pasar de un extremo a otro: esto es, atribuir al médico todo tipo de riesgos y males que se produzcan a consecuencia del desarrollo de una enfermedad y su tratamiento, no distinguiéndose entre errores médicos excusables por imprevisibles, de las negligencias o malas prácticas inexcusables por impericia o imprudencia.

Se observa que un proceso de reparación del daño médico a ultranza por medio de la objetivación de su responsabilidad, puede presentar serios inconvenientes. Ante la realización de numerosos exámenes previos a toda intervención y la contratación de seguros, el servicio médico se encarece. De esta forma, las indemnizaciones recibidas por las víctimas terminan siendo soportadas por todos los usuarios y, más aún, por todos los contribuyentes.

2.2. Naturaleza de la responsabilidad del médico.

Se ha discutido acerca de la naturaleza de la responsabilidad del médico, esto es, si es contractual, extracontractual o legal.

Para la mayoría de nuestra doctrina, se trata de una responsabilidad **contractual**. Corresponde indemnizar los daños causados al paciente que ha contratado los servicios del médico y que pueden provenir, por ejemplo, de haber suministrado medicamentos contraindicados, haber empleado instrumental defectuoso, haber prescrito un tratamiento equivocado, haber realizado una operación innecesaria, haber abandonado al enfermo, haber ignorado el médico técnicas nuevas que habrían asegurado un mejor resultado, etc. Responde igualmente el médico por los hechos de terceros que intervengan en una operación, como anestesistas, arsenaleras, etc.

También se estima que hay responsabilidad contractual, cuando el paciente contrata con un hospital, Isapre o Centro Médico y éstos le asignan un médico, o cuando el médico tratante pide exámenes del paciente a laboratorios elegidos por él. La figura de la estipulación a favor de otro (artículo 1449) y la aceptación tácita del tercero beneficiario (paciente) permitirían construir la responsabilidad del médico bajo la forma contractual.

Pero no siempre la responsabilidad es contractual. Se sostiene que habría responsabilidad **extracontractual** en los siguientes casos:

1° Tratándose de médicos que prestan sus servicios por amistad o gratuitamente. Dicho de otra forma, cuando el médico ejerce su profesión por mera benevolencia y sin que haya intención de celebrar un contrato.

2° Si requerido un médico para atender a una persona, sin que medie obligación alguna, se niega, pudiendo haber prestado sus servicios.

3° Cuando la conducta del médico causa daños a terceros: por ejemplo, cuando fallece un paciente a cuyas expensas vivía un tercero. En este caso, el médico, en ejercicio de sus funciones, causa daño a un tercero, en cuyo caso se habla de víctimas por repercusión que sufren daño por la muerte o menoscabo físico del paciente (por ejemplo, el cónyuge sobreviviente o los hijos menores del paciente fallecido, que vivían a su cargo). En relación a este caso, la jurisprudencia ha negado la acción de perjuicios cuando el vínculo del tercero con el paciente fallecido, carece de certeza o legitimidad jurídica, como en el caso del concubinato. Se estima que la relación extramarital no es indubitada sino precaria, y de duración incierta.

En el caso de la responsabilidad contractual, la voluntad de celebrar un contrato supone que haya existido consentimiento por parte del paciente o de sus representantes legales, aunque sea tácitamente (por ejemplo, si la víctima acude a un servicio de urgencia). El consentimiento debe ser el que se necesita para estimar celebrado un contrato de prestación médica en general respecto del malestar o enfermedad que motiva la consulta. Ahora bien, como parte de este contrato, se entiende que el médico se ha obligado a consultar a su paciente capaz o al representante legal del paciente incapaz, las distintas actuaciones médicas (intervenciones quirúrgicas, tratamientos de quimioterapia, etc.). A su vez, el error médico en cuanto al órgano afectado –por ejemplo, operar extirpando un órgano sano y no el afectado–, debe entenderse como incumplimiento contractual, y no debiera admitirse el planteamiento en virtud del cual no hay en este caso contrato, por faltar el consentimiento del paciente sobre el órgano equivocado. Sin embargo, el planteamiento acerca de que aquí no hay contrato, fue el contemplado en el fallo del caso Beraud, donde se afirma: “...en la actuación del médico puede volver a plantearse el problema del cúmulo de responsabilidades (o mejor dicho, de opción de responsabilidades). La doctrina afirmativa, que nosotros apoyamos, permitirá a la víctima optar por hacer valer la responsabilidad derivada del contrato o la que corresponde con prescindencia de él por delito o cuasidelito.” Esta conclusión se ha criticado, sosteniendo que la ausencia de vínculo contractual es un requisito para la responsabilidad extracontractual, y en el caso planteado, sí había tal vínculo previo.

Francisco Merino, apartándose de la tesis contractualista, plantea una **responsabilidad legal** del médico, que exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1° Que el médico haya desarrollado una actividad inherente a la profesión.

2° Que exista norma legal que lo obligue a observar determinada conducta. Cabe preguntarse, en primer término, qué obligación contrae el médico con el paciente. Mayoritariamente, se dice que el médico no tiene la obligación de sanar, sino que la obligación de realizar todo el esfuerzo para devolver la salud al paciente, y si fracasa en su empeño, no hay responsabilidad. Se trata entonces de una obligación de medios y no de resultado, salvo si se trata de cirugías plásticas. Por ende, para el Derecho Civil no tiene importancia la existencia de una obligación previa entre el médico y la víctima; puede incluso no haber relación alguna, como ocurre con el médico que atiende a un accidentado en la calle. Es irrelevante entonces, la relación contractual previa. Ahora bien, la fuente de la responsabilidad civil, es el artículo 2329 del Código Civil. En el derecho penal, hay referencias específicas al médico, como ocurre:

- en el artículo 202 del Código Penal, referido al médico que extiende certificados falsos;
- en el artículo 345 del Código Penal, que tipifica la provocación del aborto;
- en el artículo 494 número 9 del Código Penal, que sanciona al médico que omite la denuncia a la autoridad competente, ante la comisión de un delito; y
- en el artículo 491 del Código Penal, que se refiere al médico que causa un mal por negligencia culpable.

De esta forma, el artículo 2329 del Código Civil y el artículo 491 del Código Penal, contienen un mandato para el médico, obligándolo a actuar con diligencia para no causar un daño.

3° Que se produzca una transgresión de la conducta legalmente exigida. Puede producirse esta transgresión:

- si el médico daña al paciente; y
- si al ocurrir lo anterior, el médico incurre en negligencia, imprudencia o impericia, que precisamente causan el daño.

¿Qué conductas del médico podrían configurar negligencia, imprudencia o impericia? Habría **negligencia** en la falta de diagnóstico, en el diagnóstico a distancia, en un tratamiento inadecuado, en el abandono del enfermo, en la falta de asepsia, etc. Habría **imprudencia**, en la ligereza o temeridad en el tratamiento, en la falta de previsión inexcusable, en la prescripción de medicamentos no autorizados en el país o en dosis peligrosas, etc. Habría **impericia**, en la falta de una adecuada preparación profesional, en la ausencia o insuficiente actualización en los adelantos médicos, error de diagnóstico, terapia equivocada, alta prematura, etc.

En relación a este tercer requisito, cabe preguntarse cuál sería la responsabilidad profesional por situaciones ajenas al médico. Así, se pregunta la doctrina si debe responder el médico:

- por la negligencia, impericia o imprudencia de un tercero;
- por los daños que puedan surgir en un caso clínico;
- por los daños que se ocasionen al suministrar medicamentos en mal estado o al emplear un instrumental con defectos de fabricación, etc.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, y dado que se responde personalmente por las acciones u omisiones, el médico, en principio, no sería responsable. Sin embargo, podría acreditarse una actuación negligente, constitutiva de un cuasidelito.

Desde el punto de vista del Derecho Civil, en cambio, puede originarse responsabilidad por los hechos de terceros que estén bajo el cuidado y vigilancia del médico. Para que éste sea responsable, se requiere:

- que exista un vínculo de subordinación y dependencia; y
- que el médico no haya ejercido la autoridad y el cuidado requerido que su cargo le confiere e impone, a fin de evitar el resultado dañoso.

Cumpléndose los supuestos anteriores, el médico sería responsable, pero más que por un hecho ajeno, lo sería en realidad por un hecho propio, al igual que ocurre en los casos del Código Civil referidos a las presunciones de culpa por el hecho de terceros.

En cuanto a los daños experimentados por el paciente durante su permanencia en un establecimiento de salud, por cualquier causa, no deben imputarse necesariamente al médico, salvo que éste haya conocido la insuficiencia o mala calidad del instrumental, o que dada la naturaleza de la enfermedad, ésta no debía tratarse en el establecimiento donde por instrucciones del médico, se internó al paciente.

Cabría preguntarse también si hay responsabilidad, por los hechos de otros médicos o profesionales de la salud que colaboran en la intervención quirúrgica sin tener un vínculo de dependencia del médico-jefe. Esta responsabilidad podría concebirse en dos formas:

- individualmente considerada, es decir, cada médico o profesional responde sólo por sus hechos;
- colectivamente considerada, esto es, por el hecho dañoso de uno responden todos. En este segundo caso, la responsabilidad colectiva puede ser:
 - i) simplemente conjunta, es decir, el monto de la indemnización se reparte entre los intervinientes; o
 - ii) solidaria, o sea, cualquiera de ellos puede ser demandado por el total.

A juicio de Hernán Corral, si la responsabilidad es contractual, podría estimarse que se trata de una obligación indivisible, y que procede aplicar el artículo 1526 número 3 del Código Civil.

También podría plantearse responsabilidad del médico jefe, como una culpa propia fundada en la elección inadecuada de un profesional asistente (*culpa in eligendo*) o en la falta de supervisión de los actos de su colaborador (*culpa in vigilando*). Así, por ejemplo, aunque el cirujano no puede responder por las negligencias que cometa el anestesista en lo que son los conocimientos y destrezas propias de este último profesional, sí deberá hacerse responsable por los daños causados por una deficiente supervisión, si permite al anestesista retirarse temporalmente del quirófano.

Algunos autores han planteado, derechamente, que el médico jefe responde no sólo de sus propios hechos, sino de la culpa en que haya incurrido alguno de los integrantes de su equipo, dado que la organización y conducción de la operación está a su cargo.

Respecto a los medicamentos suministrados al paciente, se excluye en principio la responsabilidad del médico, ya que en la mayoría de los países, se controla la calidad de aquellos por organismos públicos o privados. Sin embargo, puede haber responsabilidad, si el medicamento era contraindicado para el paciente, o se encontraba vencido, o no correspondía en absoluto a la enfermedad que está tratándose, o se prescribe en dosis mayores o menores que las necesarias.

4° Que a consecuencia del hecho, se haya producido un resultado dañoso.

Se ha estimado que el daño debe reunir los siguientes requisitos:

- que el daño sea cierto y no eventual. No pueden indemnizarse daños hipotéticos, sino efectivos;
- que el daño, que puede ser presente o futuro, aparezca como una consecuencia clara y directa del hecho negligente realizado;
- que el daño subsista sin haber sido resarcido, es decir, no esté amparado por una póliza de seguros; y
- que se afecte un interés legítimo del reclamante, considerando la profesión u oficio del reclamante y cuantificando la indemnización en consideración a lo anterior (por ejemplo, la pérdida de una mano que sufre un pianista).
