

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTOR

Carlos Pizarro Wilson
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales y de Chile

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Rafael Mery Nieto
Profesor de economía
Universidad Diego Portales

CONSEJO EDITORIAL

Javier Barrientos Grandon
Profesor de historia del derecho
Universidad Diego Portales

Osvaldo Contreras Strauch
Profesor de derecho comercial
Universidad Diego Portales

Gonzalo Figueroa Yáñez
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile y Diego Portales

Carlos Peña González
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Jorge López Santa María
Profesor de derecho civil
Universidad Adolfo Ibáñez

Ricardo Sandoval López
Profesor de derecho comercial
Universidad de Concepción
y Diego Portales

Christian Larroumet
Profesor de derecho civil
Université Panthéon-Assas (Paris II)

EDITOR
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 105, tercer piso. Santiago de Chile
teléfono: 6762640; Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

REVISTA CHILENA
DE DERECHO
PRIVADO

Nº 1 - 2003

ISSN 0718-0233

FERNANDO FUEYO LANERI

PRESENTACIÓN	7	COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
DOCTRINA		Obligaciones y responsabilidad civil <i>por Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro W.</i>	245
De la tradición y su definición en el Código Civil chileno <i>por Javier Barrientos Grandon</i>	11	Contratos especiales <i>por Iñigo de la Maza G.</i>	265
Contratos por adhesión y cláusulas abusivas <i>por Iñigo de la Maza Gazmuri</i>	109	Propiedad y derechos reales <i>por Javier Barrientos G.</i>	269
Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española <i>por José Ramón de Verda y Beaumont</i>	149	Derecho de familia y sucesorio <i>por Leonor Etcheberry C.</i>	285
La responsabilidad médica por el hecho ajeno <i>por Carlos Pizarro Wilson</i>	181	Derecho de la competencia <i>por Rafael Mery N.</i>	291
OPINIÓN PROFESIONAL		RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA	301
Algunas reflexiones sobre el procedimiento establecido para resolver las controversias que se originen en hechos, actos o contratos relativos al comercio marítimo <i>por Andrés Cuneo M.</i>	209	ACTUALIDAD LEGISLATIVA	315
Informe en derecho sobre oferta pública de adquisición de acciones <i>por Carlos Peña G.</i>	223	RECENSIONES	331
		ÍNDICE DE MATERIAS	343
		SIGLAS Y ABREVIATURAS	349
		NORMAS EDITORIALES	355



Constatada la duda acerca del concreto alcance de la aplicación analógica del art. 97 C.c. postulada por la STS, 5 de julio de 2001, el Tribunal de Apelación optó por restringir dicha aplicación al supuesto expresamente aludido por la referida sentencia, esto es, al caso de ruptura voluntaria y unilateral de una convivencia *more uxorio* de larga duración. Negó, pues, el derecho a percibir una pensión compensatoria a la reclamante, constatando que la convivencia sólo había durado tres años y que no queda acreditada cuál había sido la causa del cese de la unión de hecho (es decir, si se había roto unilateralmente o de mutuo acuerdo), ponderando, además, la edad de la demandante, treinta años, y que ésta ya había trabajado anteriormente como empleada de hogar.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR EL HECHO AJENO

Carlos Pizarro Wilson¹

La responsabilidad civil, vinculada al ejercicio de la medicina, constituye una realidad generosa en consecuencias jurídicas. El aumento de querellas por negligencia culpable y las consiguientes demandas civiles destinadas a obtener una reparación pecuniaria de los daños causados han dejado atrás un cierto conformismo que la sociedad chilena presentaba². Esta transformación está vinculada a un cambio importante en la práctica actual de la medicina. El ejercicio colectivo de la medicina y la constitución de empresas privadas de salud han potenciado la aplicación de la responsabilidad penal y civil médica.

Los problemas que plantea la responsabilidad civil en el ámbito médico son variados. La primera cuestión interesante a discutir consiste en establecer qué estatuto de responsabilidad debe aplicarse³. Podríamos pensar que el idóneo sería el contractual, pues normalmente existirá un contrato entre el paciente y el médico. Incluso, la naturaleza jurídica de este contrato atípico ha sido discutida por los Tribunales de Justicia⁴. Sin embargo, la regla general es la aplicación del estatuto cuasidelictual. La razón es fácil de advertir: la responsabilidad civil que se exige a los médicos se enmarca dentro de la responsabilidad penal de los mismos. Es decir, se intenta establecer la responsabilidad penal del médico, para luego exigir la responsabilidad civil, la cual pasa a ser un verdadero accesorio de la primera⁵. A pesar de la existencia de un contrato médico, la responsabilidad civil aplicable en el proceso penal será el estatuto cuasidelictual⁶. Según la doctrina se trata de una excepción a la concurrencia

¹ Profesor de Derecho Civil por las universidades Diego Portales y de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad París II, Panthéon-Assas.

² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en *Revista de derecho*, N° 187, Concepción, Universidad de Concepción, 1989, p. 108.

³ *Vid.* TOMASSELLO HART, L., *Estudios de derecho privado (otros temas)*, Valparaíso, Edeval, 1994, p. 11 y ss., en particular, p. 45; DE LA MAZA RIVADENEIRA, L., "El contrato de atención médica", en *Revista Chilena de Derecho*, 1989, vol. 16, N° 1, p. 7 y ss.

⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 1992, en RDJ, t. LXXXIX, sec. 1ª, p. 39 y ss.

⁵ DOMÍNGUEZ ÁGUILA (n. 2), p. 107.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993, en GJ, N° 151, 1993, p. 54 y ss.; Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1997, en GJ, N° 199, 1997, p. 89 y ss.

de responsabilidad civil⁷. Nuestra doctrina y jurisprudencia rechazan la opción a favor de la víctima cuando el incumplimiento de una obligación contractual configura al mismo tiempo un ilícito civil. En el caso que el incumplimiento contractual constituya un ilícito penal (artículo 491 del *Código Penal*), la víctima puede demandar la reparación de los daños por la vía cuasidelictual. Sin embargo, más que una opción a favor de la víctima, parece una aplicación general de la responsabilidad cuasidelictual. En la unanimidad de los casos se aplica el estatuto cuasidelictual, aunque haya existido fehacientemente un contrato entre la víctima y el médico imputado⁸. Sólo en casos aislados la jurisprudencia afirma la opción a favor de la víctima, sin existir un pronunciamiento explícito de la Corte Suprema⁹.

La presencia de un doble estatuto de responsabilidad civil en el derecho positivo implica realizar importantes disquisiciones dogmáticas para determinar las reglas aplicables al caso en cuestión. En el ámbito civil puede tratarse de la responsabilidad contractual o delictual o cuasidelictual¹⁰. Ya sea la responsabilidad contractual o cuasidelictual, la responsabilidad civil médica pue-

⁷ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, N° 46, p. 84; en el mismo sentido, DUCCI CLARO, C., *Responsabilidad civil*, Santiago, Jurídica, pp. 23-27; ACOSTA RAMÍREZ, V., *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Jurídica, 1990, p. 371, n. 707; Cfr. TOMASELLO HART (n. 3), pp. 45 y 46. Este autor afirma que, a pesar de exigirse la responsabilidad civil en el proceso penal, debe aplicarse el estatuto contractual cuando existe contrato entre el médico y el paciente.

⁸ *Vid.* jurisprudencia citada *supra* n. 6, *adde.* Corte Suprema, 20 de junio de 1996, en FM, N° 451, p. 1.229 y ss.

⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, en GJ, N° 259, p. 38 y ss. En esta sentencia en su considerando 5° se expresa "Que, ahora bien, es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (al contrato de prestación médica, de hospitalización, de asistencia sanitaria o ambos), y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro). No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una u otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquellos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño. Por lo demás, quienes niegan el cúmulo u opción de responsabilidad la aceptan cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal". Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema con fecha 24 de enero de 2002. Sin embargo, rechaza la casación en el fondo en razón de no haberse acreditado en autos la relación contractual. No existe, por lo tanto, una ratificación del más alto tribunal en torno a aceptar la opción a favor de la víctima.

¹⁰ Aunque suele agruparse la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual bajo la denominación responsabilidad extracontractual, la regla general en la responsabilidad civil médica es el cuasidelito civil. Por esto, en lo que sigue, cuando aludamos al estatuto que rige el título xxxv del libro iv nos referiremos a la responsabilidad cuasidelictual.

de involucrar la responsabilidad por el hecho propio o del deudor directo de la obligación o, en segundo término, por el hecho ajeno. Esta última ha ido tomando una creciente importancia en la jurisprudencia y, según veremos, existen argumentos para pensar que tendrá un auge en su aplicación práctica¹¹. Razonablemente cabe interrogarse si este tipo de responsabilidad no se ha transformado en su terreno de elección.

Con la finalidad de sistematizar el estudio de la responsabilidad médica por el hecho de otro, podemos distinguir dos situaciones. De una parte, este tipo de responsabilidad puede verificarse al interior del equipo médico que realiza una intervención quirúrgica. El médico jefe puede verse expuesto a responder por el hecho del médico especialista, del médico anestesista o de los auxiliares médicos (enfermera, arsenalera, auxiliar paramédico, etc.) Por otra parte, la hipótesis práctica más importante de responsabilidad por el hecho ajeno, está dada por la irrupción de los centros privados de salud. La clínica puede responder por el hecho de los auxiliares médicos o por los médicos que trabajan al interior del establecimiento privado de salud.

Si bien en nuestro derecho positivo se encuentra bien asentada la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad cuasidelictual, su aplicación al ámbito médico plantea serios problemas de fronteras. En primer lugar, no siempre resulta fácil determinar si corresponde aplicar el estatuto contractual o cuasidelictual. En segundo término, aplicar estatutos de responsabilidad distintos a situaciones similares crea diferencias injustificadas en el tratamiento de las víctimas. Es bastante frecuente criticar las diferencias a que puede dar lugar la aplicación de estatutos diversos de responsabilidad civil entre la víctima directa y las víctimas por rebote¹². Ésta es la razón por la cual cabría reflexionar sobre la posibilidad de establecer un mismo régimen jurídico cuando el incumplimiento de obligaciones profesionales emanadas de un contrato afecta al co-contratante o a un tercero¹³.

El estudio de la responsabilidad por el hecho ajeno en el ámbito médico convoca:

- I. El análisis sucesivo de la responsabilidad civil al interior del equipo médico.
- II. La responsabilidad civil de la clínica por el hecho de otro y, por último.
- III. De *lege ferenda* es conveniente plantear la unificación del estatuto de responsabilidad civil profesional.

¹¹ *Vid.* AMBIALET, J., *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, LGDJ, 1965.

¹² Sobre el daño por rebote, ELORRIAGA DE BONIS, F., "Del daño por repercusión o rebote", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 2, 1999, pp. 368-398.

¹³ Sobre el particular, VINEX, G., *Droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1995, N° 242 y ss, p. 442 y ss.

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EQUIPO MÉDICO

Una primera hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno es aquella que puede verificarse en el desempeño colectivo de la medicina. Es decir, cuando el acto médico es ejecutado por un grupo formado por uno o varios médicos especialistas y personal auxiliar. La responsabilidad civil que puede generarse en el seno del equipo médico puede involucrar la responsabilidad del médico jefe por negligencias cometidas por el personal auxiliar o por otro médico. En suma, nada más para efectos de sistematizar el estudio, la responsabilidad civil por el hecho ajeno en el equipo médico puede reducirse a dos hipótesis: la posibilidad de exigir la reparación del daño al médico por el hecho de un auxiliar bajo su dependencia y la responsabilidad del médico por el hecho de otro médico miembro del equipo.

1. La responsabilidad contractual del médico por el hecho de un auxiliar médico

El ejercicio moderno de la medicina requiere la participación no sólo de médicos sino de auxiliares médicos que desempeñan importantes funciones durante la intervención quirúrgica. El médico tratante cuenta con un equipo que ofrece al paciente para practicar la intervención necesaria. Se trata de profesionales de su confianza, pues el médico tratante prefiere operar con la serenidad que le entrega su propio personal. Entre el médico y su equipo debe existir una colaboración estrecha formada por un intercambio continuo de opiniones y consejos recíprocos. Los auxiliares pueden ser un estudiante en medicina, personal de enfermería, arsenaleras u otras personas que no revistiendo la calidad de médico participen en la cirugía.

Durante el acto médico los auxiliares pueden cometer una negligencia que genere un daño al paciente. De ahí que podamos interrogarnos sobre la posible responsabilidad del jefe del equipo por el hecho de los auxiliares. Para resolver los problemas jurídicos que puede desencadenar la negligencia cometida por un auxiliar, deben determinarse cuáles son las relaciones jurídicas de los miembros del equipo con el paciente. Los auxiliares médicos pueden encontrarse bajo una doble dependencia. Puede ocurrir que el paciente contrate con un médico determinado y que éste elija el personal auxiliar que participará en el acto médico, situación usual en la práctica colectiva de la medicina. Al ser elegido el personal auxiliar por el médico tratante existe un contrato entre ellos, quien introduce en el cumplimiento de su obligación contractual un tercero respecto del paciente. Una segunda posibilidad es que el paciente contrate con el médico jefe, pero al estar afiliado a una Isapre, deba practicarse la intervención en una clínica asociada o que pertenezca a la institución de salud. En esta hipótesis el equipo auxiliar podría ser proporcionado por la misma clíni-

ca¹⁴. Aquí, el equipo auxiliar no ha sido introducido por el médico tratante, sino que se trata de personal asalariado de la clínica de salud.

En la primera hipótesis, entre el paciente y el personal auxiliar no existe ninguna relación contractual, lo cual significa que le estaría vedado al paciente esgrimir el estatuto contractual contra aquel auxiliar que haya cometido una negligencia. Sólo podría exigir la reparación al auxiliar negligente por la vía cuasidelictual. Sin embargo, por una ficción jurídica podría interpretarse que el médico tratante estipuló con los otros miembros del equipo a favor del paciente. En otros términos, el médico celebró una estipulación a favor del paciente con cada uno de los miembros del equipo médico¹⁵. De esta manera, el paciente, al aceptar dicha estipulación, puede exigir la responsabilidad contractual de los miembros del equipo médico. Se trata de un expediente usual para contractualizar la responsabilidad civil¹⁶. A pesar de la ausencia de contrato entre el paciente y los miembros del equipo médico, se aplican las reglas de la responsabilidad contractual. Sin embargo, no hay que olvidar que la estipulación a favor de otro requiere la aceptación del beneficiario para ser exigible. Antes de la aceptación, no sólo las partes de la estipulación pueden acordar revocar el derecho ingresado al patrimonio del beneficiario sino que este último puede no aceptar y, en consecuencia, regirse por las reglas previstas en el título xxxv del libro iv del *Código Civil*. Por lo tanto, la estipulación a favor de otro permite burlar el principio de no concurrencia de responsabilidades. En definitiva, el paciente al aceptar la estipulación en su favor, podrá optar entre perseguir la responsabilidad contractual del auxiliar médico negligente o, en segundo término, ignorar la estipulación y preferir la vía cuasidelictual¹⁷. En

¹⁴ Según se ha resuelto en sede de protección, la clínica privada no puede imponer los auxiliares o especialistas al médico tratante, salvo cuando éste sea también parte del equipo de la clínica. *Vid.* en este sentido, Corte Suprema, 29 de abril de 1997, en RDJ, t. xciv, 1997, p. 33 y ss.

¹⁵ Sobre la estipulación a favor de otro, RAMOS PAZOS, R., "La estipulación en favor de otro", en *Revista de derecho*, N° 193, Concepción, Universidad de Concepción, pp. 7-35.

¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2000, en GJ, N° 238, p. 79; *Vid.* ZELAYA ETCHEGARAY, P., "Responsabilidad civil de hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)", en RDJ, tomo xciv, 1997, p. 61, quien manifiesta que "entender que en estos casos opera la estipulación a favor de terceros o el simple apoderamiento constituye una ficción inaceptable".

¹⁷ Así ocurrió en la jurisprudencia francesa hasta mediados del siglo xx. Para efectos de permitir a las víctimas, por rebote, ejercer una acción de naturaleza contractual basada en el incumplimiento de la obligación de seguridad, la jurisprudencia gala estimó que existía una estipulación tácita pactada entre el transportista y el pasajero/víctima, a favor de los parientes cercanos de este último. Así, las víctimas al aceptar la estipulación podían optar por el estatuto contractual o ejercer la acción cuasidelictual. Esta jurisprudencia fue descartada por la Corte de Casación. *Vid.* Corte de Casación, 24 de noviembre de 1954, en JCP, 1955, II, n. N.B. Sólo en casos aislados se ha recurrido a la estipulación a favor de otro. Con anterioridad a la introducción

virtud de la estipulación a favor de otro se establece una verdadera opción de estatuto de responsabilidad civil.

En todo caso, aquí no nos encontramos ante una responsabilidad por el hecho ajeno. Ya sea que el paciente, víctima de una negligencia cometida por algún auxiliar médico, esgrima el estatuto contractual o cuasidelictual, será una responsabilidad por el hecho propio. La acción de responsabilidad se dirige en contra del auxiliar que cometió la negligencia. Lo que nos interesa dilucidar es la posibilidad de exigir la responsabilidad del médico tratante por un hecho u omisión imputable al auxiliar y qué reglas cabría aplicar. En la hipótesis que estamos analizando dijimos que existe contrato entre el médico tratante y el paciente, luego, el médico introdujo otros sujetos que participan en la ejecución de las prestaciones a las cuales se comprometió. Sin duda, el médico tratante está facultado para formar un equipo idóneo que permita satisfacer sus obligaciones emanadas del contrato médico. Es absurdo exigir al médico tratante que lleve a cabo todas las obligaciones de manera personal, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad creciente de las intervenciones quirúrgicas.

Para aceptar la responsabilidad del médico jefe por los auxiliares médicos, debe probarse que fue el propio médico tratante quien introdujo los auxiliares en la ejecución de la prestación médica. El médico es responsable, porque no puede alegar que el hecho del tercero le es extraño. Existe responsabilidad médica por el hecho ajeno cuando el médico tratante introduce un tercero en el cumplimiento de su obligación contractual. En este caso, se trata de la responsabilidad contractual por el hecho de otro¹⁸. El médico tratante es deudor de

de la directiva sobre productos defectuosos, los tribunales de instancia han admitido la estipulación pactada entre una clínica y un centro de transfusión de sangre a favor del paciente/víctima. TGI, París, 1 de julio de 1991, en JCP, 1992, II, 21762, nota M. HARICHAUX. En el mismo sentido una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. *Vid. supra* (n 16).

¹⁸ La responsabilidad contractual por el hecho de otro no tiene un tratamiento particular en el *Código Civil* chileno a diferencia de lo que ocurre con otros códigos modernos. Así, por ejemplo, el BGB señala en su artículo 278: "el deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación, de la misma manera que si se tratara de su culpa personal". También el artículo 101 del código federal suizo de las obligaciones "Aquél que, incluso de manera lícita, confía a auxiliares tales como personas que viven con él o trabajadores, el cuidado de ejecutar una obligación o de ejercer un derecho derivado de una obligación, es responsable ante la otra parte del daño que causen en el cumplimiento de su trabajo". Nuestro *Código Civil*, al igual que su símil francés, no contempla una regla general que se ocupe de la responsabilidad contractual por el hecho de otro. Sin embargo, existen algunos preceptos dispersos que aluden a ella. Cabe tener presente los siguientes artículos del *Código Civil* que se refieren a la responsabilidad contractual por el hecho de otro: art. 1.679: "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable"; art. 1.925: "Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios": art.

una obligación contractual determinada, la cual encomienda ejecutar en parte a un tercero, quien al incumplirla causa un perjuicio al paciente. La designación del auxiliar debe emanar de la voluntad del médico tratante. No es necesario establecer un vínculo de subordinación como ocurre en la responsabilidad delictual o cuasidelictual por el hecho ajeno, basta que el auxiliar haya sido designado por el deudor principal¹⁹. No debe probarse la culpa del médico tratante. Basta la negligencia del auxiliar designado por el médico a cargo para hacerlo responsable. En el caso que se le impute una culpa personal al médico como falta de vigilancia, culpa en la elección o en la organización del acto médico, no nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, sino por incumplimiento de una obligación personal. Aquí lo que interesa es determinar la culpa del auxiliar y que éste haya sido designado por voluntad del médico tratante. En suma, la culpa del médico a cargo no es una condición para establecer su responsabilidad por el hecho de un tercero que interviene en el acto médico. De esta manera, se construye una verdadera responsabilidad contractual por el hecho ajeno, cuyas reglas difieren de la responsabilidad aquiliana. El médico al ejecutar su obligación contractual por un tercero debe responder por los actos de este último.

No existe claridad en cuanto al régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual del médico por el hecho de un auxiliar. A pesar de su relevancia, no existen estudios importantes relativos a este tipo de responsabilidad en el derecho chileno²⁰. La doctrina y la jurisprudencia suelen aplicar o hacer extensiva la responsabilidad por el hecho ajeno ex. artículos 2.320 y 2.322 al ámbito contractual²¹. Ésta es la razón por la cual las condiciones previstas en el

1.926: "Si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios"; art. 1.941: "el arrendatario es responsable no sólo de su propia culpa, sino de la de su familia, huéspedes y dependientes"; art. 2.014: "Las obligaciones que aquí se imponen al acarreador, se entienden impuestas al empresario de transportes, como responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea" y art. 2.015: "...Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes"; art. 2.243: "El posadero es además obligado a la seguridad de los efectos que el alojado conserva alrededor de sí. Bajo este respecto es responsable del daño causado o del hurto o robo cometido por los sirvientes de la posada, o por personas extrañas que no sean familiares o visitantes del alojado".

¹⁹ VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., París, LGDJ, 1998, N° 813 y ss., p. 907.

²⁰ Cfr. FUENTES DE LA SOTTA, A., *La responsabilidad por el hecho de otro en materia contractual*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Santiago, 1938; VELASCO, X., *La responsabilidad contractual por el hecho ajeno*, Memoria de Prueba, Santiago, Universidad de Chile, 1962.

²¹ Un ejemplo de esta confusión en Corte de Apelaciones de Coyhaique, 9 de julio de 1996, FM, N° 455, p. 2.318; Cfr. ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 62. Este autor expresa que existiría un problema de orden normativo para acoger la responsabilidad contractual por el

artículo 2.320 del *Código Civil* se aplican al ámbito contractual; sin embargo, esta responsabilidad debe regirse por las reglas previstas en el título XII del libro IV del *Código Civil*. El elemento esencial para que estemos en presencia de este tipo de responsabilidad es que la voluntad del deudor haya intervenido para introducir en el cumplimiento de la obligación a un tercero ajeno al acreedor. Si no existiera un vínculo entre el tercero y el deudor no podría haber responsabilidad de este último. En efecto, dicha intervención podría configurar una causal de exoneración de responsabilidad. La intervención de un tercero que impida el cumplimiento de la obligación constituye una causa extraña que exonera de responsabilidad al deudor.

Ahora bien. Esta responsabilidad médica por el hecho de un auxiliar esta basada en la culpa. Dicho de otra manera, debe concurrir una infracción a una obligación contractual por descuido o negligencia en la ejecución de la misma. Cabe recordar que las obligaciones en el ámbito médico son de medios. El deudor se obliga a adecuar su conducta a un estándar que satisfaga el nivel de diligencia previsto en el contrato o en la ley. Por otra parte, el incumplimiento de las obligaciones contractuales se presume culpable ex. artículo 1.547, inciso 3° del *Código Civil*. En consecuencia, corresponde al deudor acreditar que actuó u ocupó la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación contractual. La víctima del incumplimiento contractual sólo debe acreditar la existencia del contrato del cual emana la obligación insatisfecha. La negligencia generadora de responsabilidad contractual será aquella cometida por el tercero causante del perjuicio. De ahí que podamos referirnos a ella como responsabilidad por el hecho de otro. La justificación de esta responsabilidad reside en la voluntad del deudor que introduce al tercero en la ejecución de su obligación contractual. Para eximirse de responsabilidad, el médico tratante deberá acreditar que el auxiliar fue diligente o la concurrencia de una causa extraña²².

hecho de otro, pues "solo se contemplan disposiciones que establecen una responsabilidad extracontractual por el hecho de sus dependientes". Discrepo de esta opinión, existen varios preceptos en el *Código Civil* que establecen una responsabilidad contractual por el hecho ajeno. La regla más citada es el artículo 1.679 del *Código Civil* "En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". En este mismo sentido, CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones*, Santiago, Nascimento, 1937, tomo I, N° 1.083, p. 540 "Esta responsabilidad del deudor por los hechos de sus representantes o personas que emplea en el cumplimiento de sus obligaciones no tiene su fundamento en la disposición general del art. 2320". *Vid. supra* (n 18).

²² Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica, 1999, p. 29. Este autor, luego de identificar el artículo 1.679 del *Código Civil*, como la regla general de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, señala, de manera equivocada: "Nótese que la norma no deja a salvo excepción alguna a favor del deudor, como sucede en materia delictual y cuasidelictual, en que se permite a la persona probar que ha obrado con la debida diligencia en el cuidado de la persona que se halla a su cargo. Por consiguiente, el deudor responderá siempre de su conducta y de la conducta de las personas por quienes fuere responsable". El profesor Rodríguez olvida

En suma, la negligencia cometida por un auxiliar médico, que causa un daño al paciente, permite a este último no sólo exigir la responsabilidad por el hecho propio del auxiliar que incurrió en una negligencia sino, también, aquella responsabilidad por el hecho ajeno del médico tratante.

Sin embargo, todavía cabe resolver si existe solidaridad en la obligación de indemnizar al paciente entre el médico tratante y el auxiliar causante del daño. En el ámbito contractual es claro que la solidaridad no se presume y debe acordarse o estar establecida por ley o el testamento. En consecuencia, existiendo responsabilidad por el hecho ajeno del médico tratante por los actos de los auxiliares que introdujo en el cumplimiento de su obligación contractual no sería posible admitir la solidaridad. En el ámbito contractual cabe tener presente el artículo 1.679 del *Código Civil*, que señala: "En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable". La regla transcrita permite establecer en el ámbito contractual la responsabilidad del médico por el total del daño causado por aquellos sujetos que incumplieron la obligación encomendada. No resulta necesario demandar en subsidio la responsabilidad del médico o deudor principal, pues el artículo 1.679 del *Código Civil* asimila el incumplimiento del tercero al propio actuar del deudor principal.

Este problema no es particular de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, pues la misma interrogante se presenta en el ámbito extracontractual. La doctrina tradicional rechaza la solidaridad entre el tercero civilmente responsable y el agente directo del daño. Por su parte, la jurisprudencia entrega soluciones contradictorias²³. Ahora bien, si no existe solidaridad, sig-

las reglas generales en materia de responsabilidad contractual. Debe tenerse presente el artículo 1.547 del *Código Civil*, que permite probar la diligencia al deudor de una obligación contractual y cualquier hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. La prueba de la diligencia en el actuar del tercero por quien responde el deudor debe exonerarlo de responsabilidad, pues esto equivale al cumplimiento de su obligación contractual.

²³ Así, por ejemplo, en una reciente sentencia en que fue condenado el Arzobispado por el hecho de un clérigo a pagar la suma de cincuenta millones se aplicó la solidaridad entre el agente directo y el tercero civilmente responsable. Causa rol 3636-2002 del 16° Juzgado del Crimen de Santiago. Esta misma solución aparece recogida por la Corte de Apelaciones de La Serena, 3 de mayo de 1978, en RDJ, tomo LXXV, sec. 4ª, p. 343. Sin embargo, la Corte Suprema en aplicación del art. 2.320 del *Código Civil*, niega lugar a la solidaridad, pues se sostiene que la solidaridad se aplica en el ámbito extracontractual sólo cuando el delito ha sido cometido por dos o más personas. Se interpreta que la expresión "cometido por dos o más personas" significa que el cuasidélito debe ser el mismo y de manera coetánea para aplicar la solidaridad en el pago de la indemnización. Corte Suprema, 28 de diciembre de 1998, causa rol 15.847 del 2ª Juzgado Civil de Los Andes (sin publicar). *Vid.* ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (n. 7), p. 323, n. 3; lo sigue ABELIUK MANASEVICH, R., *Las Obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Jurídica, 2001, tomo I, N° 277, p. 256: Refiriéndose a la responsabilidad por el hecho ajeno ex. artículo 2.320, el autor señala:

nifica que la víctima sólo podría exigir a cada responsable su cuota en la indemnización bajo las reglas de la causalidad en el daño. Este criterio parece bastante defectuoso e impreciso. ¿Cómo determinar la cuota que le cabe a cada partícipe en el daño? Al no existir solución explícita debería dividirse la indemnización por partes iguales; sin embargo, esta solución parte del supuesto que ambos sujetos de derecho (el agente directo y el tercero civilmente responsable) han cometido el ilícito civil. Este análisis se aparta de la responsabilidad por el hecho ajeno. En realidad, este tipo de responsabilidad involucra una infracción imputable al agente directo, de ahí que se denomine *responsabilidad por el hecho de otro*. El tercero civilmente responde por un ilícito (el hecho de aquéllos que estuvieron a su cuidado) cometido por el agente directo del daño. Esta aclaración permite descartar un pago de la indemnización según la participación en el ilícito. El principal no puede alegar que sólo le corresponde pagar una parte o cuota, pues esta solución significa negar la responsabilidad por el hecho ajeno²⁴. De ahí que el artículo 2.325 del *Código Civil* le permita al principal o tercero civilmente responsable, que pagó la indemnización, de repetir en contra del agente directo. Este precepto no limita el derecho de repetición a una cuota o parte de la indemnización, sin embargo, estas consideracio-

"No puede, eso sí, demandar a ambos, porque la ley no establece solidaridad, salvo el caso ya señalado del propietario que ha dado el vehículo para que otro lo conduzca: podría sí hacerlo pero en forma subsidiaria, porque lo que no puede es pretender cobrar a ambos". Existe también jurisprudencia en esta línea, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26 de octubre de 1989, en RDJ, tomo LXXXVI, sec. 2ª, p. 113.

²⁴ El profesor Zelaya parece acoger la idea de que el empresario no debe responder por el total y sólo puede exigírsele una cuota o parte de la indemnización. Este autor señala: "[E]n estricta técnica jurídica, la víctima no podría demandar al empresario por el total del daño causado. El empresario demandado podrá alegar siempre que sólo le corresponde pagar una parte o cuota de la obligación y el resto, le corresponde pagarla al dependiente culpable. Además, esta postura exige, en estricta teoría, que la víctima pruebe no sólo la culpa del empresario sino la del dependiente/agente material del daño, de manera que exista la coparticipación culpable que exige el referido art. 2.317 CC.". Creo que el profesor Zelaya incurre en una doble confusión. Si parte de la base que el empresario (tercero civilmente responsable) sólo puede responder por la parte o cuota de la obligación, no puede, luego, señalar que la prueba de la culpa del empresario acredita la coparticipación que exige el artículo 2.317 del *Código Civil*. Si se concluye que existe coparticipación debe aceptarse la solidaridad, pues se cumple con la condición prevista en el artículo 2.317. Se trata de dos soluciones incompatibles. La primera, que el empresario sólo responda por su cuota y la segunda que se estime que existe coparticipación, lo cual hace procedente la solidaridad. En segundo término, al situarse en el ámbito delictual o cuasidelictual, no puede exigirse a la víctima que pruebe la culpa del empresario, pues el artículo 2.320 del *Código Civil* establece una presunción en su contra, según estima la unanimidad de la doctrina y jurisprudencia. *Vid.* ZELAYA ETCHEGARAY, P., "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)", en *Revista de Derecho*, N° 197, año LXIII, 1995, pp.101-145, en particular, pp. 129 y 130.

nes no permiten establecer la regla de solidaridad. La interpretación más acorde con las reglas jurídicas en cuestión, permite a la víctima demandar por el total al agente directo del daño y en subsidio al principal. En consecuencia, ambos sujetos pueden responder por el total, salvo que la responsabilidad en el pago de la indemnización es subsidiaria en el caso del tercero civilmente responsable. La víctima debe dirigir su demanda en contra del agente directo del daño y en subsidio del principal o tercero civilmente responsable.

La segunda hipótesis a que aludimos, consiste en que el personal auxiliar haya sido proporcionado por la clínica sin intervención de la voluntad del médico tratante. A su turno, la clínica ha podido ser propuesta por el propio médico o pertenecer a la Isapre del paciente. Para definir la posibilidad de responsabilidad del médico por el hecho de auxiliares vinculados contractualmente con la clínica es importante considerar si éstos han sido incluidos en el equipo por el médico o han sido impuestos por la clínica. Solamente en el evento que los auxiliares hayan sido introducidos por el médico tratante para la ejecución de su obligación contractual podría exigirse responsabilidad al médico por el hecho de un auxiliar médico. En caso contrario, el paciente podrá, según veremos, dirigir su acción contra la clínica o directamente contra el auxiliar culpable. En este caso, el paciente exige la responsabilidad contractual de la clínica por incumplimiento del contrato de hospitalización o contra el auxiliar por el hecho propio de índole cuasidelictual. La intervención del paciente en la elección de la clínica constituye una especie de línea de demarcación entre la obligación de cuidado a que está sujeto el médico y aquellos cuidados anexos que forman parte de la obligación contractual del contrato de hospitalización suscrito con la clínica²⁵. El médico que no interviene en la elección de la clínica no introduce ningún tercero en la ejecución de su obligación contractual. No se trata de personas por las cuales deba responder. En este caso es el paciente quien elige la clínica, la cual, a su turno, provee el personal auxiliar necesario para ejecutar la intervención médica. Con todo, esto no impide que pueda existir una responsabilidad del médico por faltar a su deber de cuidado de vigilancia durante el acto médico. Si bien no eligió a los auxiliares, en su calidad de jefe del equipo debe ejecutar su obligación de vigilancia respecto de los demás. Sin embargo, en caso de faltar al deber de vigilancia no estamos en presencia de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno. El médico incumplió la obligación de vigilancia establecida en el contrato médico con el paciente. En suma, fuera de las hipótesis de culpa personal, el médico sólo es responsable por los actos de sus auxiliares cuando se ha comprometido a proporcionar personalmente o por intermedio de otro los cuidados durante la ejecución de los cuales la culpa ha sido establecida.

²⁵ AMBIALET (n. 11), p. 79.

2. La responsabilidad contractual del médico por el hecho de otro médico

Una hipótesis más delicada consiste en la posibilidad de hacer responsable al médico jefe por el hecho de otro médico que participa en el equipo²⁶. Según dijimos, el acto médico puede requerir la participación de otros facultativos. Así podemos encontrar en un equipo médico al médico jefe, el médico 1º, el médico 2º y el anestesta. Si alguno de los médicos comete un ilícito civil, ¿puede admitirse la responsabilidad del médico jefe?, ¿puede el cirujano responder por la culpa del médico anestesta? Para negar esta posibilidad se ha dicho que cada médico ejerce su actividad en conformidad a la *lex artis* de manera autónoma. No existiría posibilidad de control por parte del médico jefe o cirujano, ya que el anestesta practica su oficio de manera independiente. El cirujano carece de la posibilidad material de vigilar o controlar al médico anestesta, salvo casos de negligencia grosera. Por otra parte, la exigencia de subordinación entre profesionales de diversa especialidad es una ilusión. No obstante, esta imposibilidad no justifica el rechazo de la responsabilidad del médico jefe. En efecto, si bien el médico jefe no puede evaluar la actividad de su colega, al introducirlo de manera voluntaria en la ejecución de su obligación contractual debe responder por el hecho ajeno. No se trata de establecer una culpa en la elección del otro profesional. Ésta puede dar lugar a la responsabilidad por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

Por regla general el médico tratante contrata a los profesionales que le acompañarán en la cirugía. Así, el médico cirujano elige al anestesta y lo propone al paciente, el cual, por regla general, acepta. Es cierto que el paciente puede proponer al médico cirujano un anestesta de su confianza, sin embargo, es difícil que el médico tratante acepte operar con un anestesiólogo que no sea de su confianza. El anestesiólogo, por su parte, tendrá la ocasión de conocer al paciente en el examen preoperatorio con la finalidad de descartar posibles reacciones alérgicas. En definitiva, si el médico jefe ha introducido al anestesiólogo para la ejecución de su obligación médica debe responder por el hecho ajeno; sólo cabe establecer la responsabilidad del médico jefe cuando ha elegido e introducido en el equipo al otro médico para ejecutar parte de su obligación contractual.

Por el contrario, en el caso que el anestesta haya sido elegido por el propio paciente, ninguna responsabilidad puede imputarse al médico jefe que no sea por negligencia propia. Entre el paciente y el médico asistente o el médico especialista existiría una relación contractual. Si existe un contrato entre el paciente y el médico anestesta y éste causa un daño, el anestesiólogo es contractualmente responsable. No obstante, según dijimos, esta situación es, más bien, hipotética. En la práctica médica, el paciente no contrata con el médico

anestesta. No existen contratos paralelos entre el paciente y el médico tratante, por una parte, y el médico anestesta, por otra. El enfermo no se preocupa de elegir su anestesiólogo. La organización de la intervención médica queda a cargo del médico tratante. La relación de confianza profesional existe entre el médico jefe y el médico anestesta.

En el caso de clínicas privadas de salud la situación varía. Actualmente, algunas clínicas privadas imponen sus anestesiólogos al médico tratante cuando éste forma parte del propio equipo de la clínica. En este caso, según veremos, la clínica debe responder por las negligencias de sus médicos.

En resumen, el médico cirujano debe responder por el hecho de los médicos que introduce en el cumplimiento de su obligación contractual. Por el contrario, ya sea que el médico especialista o anestesiólogo haya sido propuesto por el paciente o impuesto por la clínica, no cabe establecer responsabilidad del médico tratante por el hecho ajeno; lo cual no impide que el paciente pueda demandar directamente, por la vía cuasidelictual, al médico asistente o anestesta que incurrió en la negligencia médica. En este caso, deberá invocar la responsabilidad por el hecho propio prevista en los artículos 2.314 y 2.329 del *Código Civil*.

Con todo, la responsabilidad del cirujano por el hecho de otro médico ha tenido una aplicación marginal en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Al exigir la responsabilidad penal del médico, la responsabilidad civil invocada en el antiguo proceso penal es la cuasidelictual; sin embargo, las limitaciones a la acción civil en el nuevo proceso penal dará lugar a un auge importante de la responsabilidad médica contractual, la cual, esta vez, será exigida ante un tribunal civil²⁷.

En el célebre caso "Beraud", la Corte Suprema, recogiendo los argumentos de los tribunales de instancia se refiere a la responsabilidad civil al interior del equipo médico. La doctrina acogida por el fallo es bastante atípica. Los hechos son de público conocimiento. El Sr. Beraud debía ser intervenido de su cadera derecha afectada de artrosis con la finalidad de someterlo a una artroplastia total de la cadera y la implantación de una prótesis; sin embargo, fue intervenido de su cadera izquierda.

El equipo médico estaba compuesto por el cirujano jefe, un médico ayudante 1º, un médico ayudante 2º, una anestesta, una pabellonera, una arsenalera y el ayudante de anestesia. Luego de percatarse del error, se introdujo en el equipo un traumatólogo. Para establecer la responsabilidad del médico anestesta se señala que: "tenía iguales deberes de cuidado que los demás miembros del equipo quirúrgico, por lo que no es efectivo que la acusada... se haya ajustado plenamente al cuidado debido que le era exigible". Además, la sentencia de la Corte Suprema afirma que:

²⁷ Vid. sobre el particular, RUIZ PULIDO, G., "La acción civil en el nuevo proceso penal", en *Revista de Derecho*, N° 2, Consejo de Defensa del Estado, 2000, p. 167 y ss.

²⁶ ACOSTA RAMÍREZ, V., *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Jurídica, 1990, p. 405 y ss.

“para configurar la responsabilidad cuasidelictual de la recurrente (anestesióloga), los sentenciadores de la instancia estimaron que ella, como partícipe de un trabajo médico en equipo no pudo estar ajena a la lógica coordinación de actividades dirigidas a un mismo fin o propósito común y último, cual era la artroplastía de la cadera derecha del paciente que debía realizarse, lo que ninguno de los intervinientes podía ignorar, cualquiera fuera la actividad parcial que le correspondiere realizar en la intervención quirúrgica”.

Y termina en lo que atañe a la anestesióloga señalando que “la conducta descuidada, negligente y culpable de la recurrente, junto a la de otros integrantes del equipo que participó en la operación quirúrgica del querellante, condujo a que se produjera el resultado antijurídico”. Se establece una responsabilidad colectiva de los miembros del equipo²⁸.

Todos responden por todos, ya que existiría una obligación recíproca de vigilancia que imperaría respecto de cada uno de los miembros del equipo médico. Esta solución es criticable. No cabe consagrar la responsabilidad civil de los auxiliares médicos por negligencias imputables a los médicos que forman el equipo.

Aplicando las reglas de la responsabilidad cuasidelictual, es claro que no existe ninguna subordinación del médico respecto del auxiliar, sino todo lo contrario. Aquí no puede tratarse de la responsabilidad por el hecho ajeno, pues resulta inapropiado sostener algún vínculo de subordinación del jefe del equipo respecto de los auxiliares. Sólo podría tratarse de una responsabilidad basada en la culpa propia. Ésta, según el fallo, consistió en la falta de vigilancia y coordinación del equipo médico, solución que tampoco parece ajustada a derecho. No puede exigirse a un subalterno, bajo dependencia profesional, que vigile a su superior jerárquico. Tampoco el subalterno, la pabellonera o la arsenalera, están en condiciones de poder reclamar una conducta determinada al jefe del equipo, sólo puede establecerse la responsabilidad por el hecho propio de los auxiliares cuando se trate de negligencias que tengan relación con su propia conducta.

Ahora bien, en la situación que nos ocupa, esto es, la responsabilidad del médico por el hecho de otro médico, no puede establecerse una obligación recíproca de vigilancia. Es absolutamente ilusorio pensar que médicos de distintas especialidades puedan evaluar y calificar el acto médico de otro facultativo.

Al establecer una obligación general y recíproca de vigilancia entre los miembros del equipo se consagra una genuina obligación de resultado. En

efecto, en el evento que algún médico del equipo cometa una negligencia, ésta podría imputarse a falta de vigilancia de los otros médicos; sin embargo, la responsabilidad médica, al menos en el ámbito del ejercicio de la medicina, sigue siendo una obligación de medios. Ninguno de los médicos puede obligarse a un resultado determinado, salvo en ámbitos específicos del ejercicio de la medicina²⁹. Así ocurrió con el médico ayudante 1º: la Corte Suprema rechazó el recurso de casación interpuesto por el médico primer ayudante. Para esto, considera que incurrió en culpa, al igual que todos los miembros del equipo, al no haberse informado del órgano a intervenir. Se esgrime, además, como argumento, la teoría de la equivalencia de las condiciones³⁰.

Para establecer la responsabilidad civil de los médicos que forman un equipo debe tomarse en cuenta el estatuto aplicable. Si se trata de la responsabilidad por el hecho propio delictual o cuasidelictual, debe acreditarse la culpa personal del médico imputado. Si la responsabilidad esgrimida es aquella descrita en el artículo 2.320 por el hecho ajeno, debe existir un vínculo de subordinación entre el agente directo del daño (deberá ser en todo caso un sujeto distinto al médico jefe) y el tercero civilmente responsable. Por último, en el ámbito contractual, basta que el co-contratante de la víctima (el médico tratante) haya introducido por su voluntad otro sujeto para la ejecución de su obligación contractual. En este caso, se trata de un tercero por el cual el médico debe responder.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA CLÍNICA POR EL HECHO AJENO

La prestación médica por centros de salud privados o públicos se ha transformado en la forma ordinaria de acceder a servicios de salud³¹. La intervención de la clínica en la prestación de los servicios médicos da lugar a relaciones jurídicas complejas. Por regla general, la clínica celebra un contrato de hospitalización con el paciente, el cual no involucra necesariamente la prestación de servicios médicos; sin embargo, puede ocurrir y es frecuente que así sea, que la clínica no sólo se comprometa a satisfacer los deberes de hotelería, alimentación, cuidado e higiene que emanan del contrato de hospitalización, sino,

²⁹ Así ocurre en el derecho comparado con la cirugía estética, la cual no debe confundirse con la cirugía reparatoria, en el caso de las infecciones nosocomiales o intrahospitalarias y cuando el daño tiene su origen en el uso o introducción de un producto defectuoso.

³⁰ Considerando 37º: “conducta negligente que, al igual que la de otros integrantes del equipo interdisciplinario, pero con el mismo objetivo común, que participó en aquella intervención quirúrgica dio origen a que se produjera el resultado antijurídico, esto es, las lesiones graves en la cadera que no debía ser operada, al punto que si no hubiere mediado culpabilidad en uno cualquiera de los miembros del equipo, tal resultado no se hubiere producido, de donde se sigue la necesaria relación de causalidad entre cada responsabilidad y el resultado”.

³¹ ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 49.

²⁸ COURT MURAZZO, E., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales”, en *Cuadernos Jurídicos*, N° 7, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, 1997, pp. 20-22.

también, a practicar actos médicos por intermedio de los facultativos y auxiliares médicos que trabajan en el establecimiento de salud. Las diversas prestaciones a las cuales se obliga, pueden involucrar una responsabilidad civil a favor del paciente. Dicha responsabilidad puede ser por incumplimiento de prestaciones ajenas a la responsabilidad médica. Con esto quiero decir que no involucran un acto realizado por un médico. Así, por ejemplo, responsabilidad civil por defectos en las instalaciones (accidentes causados por defectos de infraestructura) o en el uso de productos defectuosos (alimentación, instrumentos médicos), etc. Esta responsabilidad puede ser contractual o cuasidelictual, según exista o no un vínculo contractual entre el paciente y la clínica. En todo caso, se trata de responsabilidad basada en un incumplimiento o negligencia imputable directamente a la institución.

Existen distintas teorías doctrinarias para establecer la responsabilidad directa de la clínica³².

El estatuto aplicable en la jurisprudencia nacional ha sido, por regla general, la responsabilidad cuasidelictual. Esto es lógico, teniendo presente que la responsabilidad civil de la clínica, según dijimos, se exige en el proceso penal en que se persigue la responsabilidad criminal del médico o facultativos a quienes se les imputa el cuasidelito prescrito en el artículo 491 del *Código Penal*. Así las cosas, la responsabilidad civil de la clínica constituye un accesorio de la responsabilidad penal y civil del médico o auxiliar médico. La doctrina tradicional ha estimado que procede la opción cuando la inejecución de la obligación contractual coincide con un delito o cuasidelito penal³³. La acción civil que nace del delito o cuasidelito penal se rige por el estatuto extracontractual. Si bien esta excepción está pensada para la acción civil contra el autor del delito o cuasidelito penal, la jurisprudencia aplica sin excepción la responsabilidad aquiliana a la clínica, obviando la relación contractual que pueda existir entre la víctima y la institución de salud. Cabe, además, señalar que no cabría hacer extensiva la opción a la responsabilidad aplicable a la clínica, puesto que esta última es una persona jurídica que carece de responsabilidad penal.

Con todo, la opción a favor de la víctima, cuando el incumplimiento contractual equivale a un ilícito penal, se encuentra bien instalada en nuestra práctica judicial. Sin embargo, es posible vaticinar un cambio con la introducción del nuevo proceso penal. En efecto, el artículo 59 del nuevo *Código de Procedimiento Penal* establece que las acciones civiles destinadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible contra personas distintas al imputado o ejercidas por personas distintas a la víctima sólo podrán ejercerse ante el tribunal civil competente. Dicho de otra manera, sólo la víctima de una negligencia médica podrá ejercer en el proceso penal la acción civil en contra

del médico imputado. Esto sin perjuicio de que la víctima puede hacer efectiva la responsabilidad civil del imputado ante un tribunal civil.

Respecto a la responsabilidad civil que pueda caberle a la clínica u otros involucrados deberá dirigirse ante la justicia civil. En principio, tampoco podrán ejercer una acción civil en el proceso penal las víctimas por rebote o repercusión; si bien, en la definición de víctima prevista en el artículo 108 del *Código Procesal Penal*, en caso de muerte del ofendido y en aquellos casos en que el ofendido no pudiese ejercer los derechos que el código del ramo le otorga; se considera víctima determinados sujetos que pueden corresponder a víctimas por rebote, este precepto no se refiere a la acción civil³⁴. En efecto, el precepto en cuestión establece un orden de prelación que impediría intervenir a víctimas por rebote que no tuvieran preferencia. Así, por ejemplo, el cónyuge y los hijos, excluye a los ascendientes; sin embargo, los ascendientes de la víctima pueden ser víctimas por rebote con independencia del daño causado al cónyuge y a los hijos. No obstante, el precepto impide su intervención en el proceso penal. Como es lógico, el citado artículo 108 está pensado para la acción penal; por consiguiente, las víctimas por rebote deberán intentar la acción civil ante el tribunal civil competente.

Como puede observarse, la nueva normativa procesal penal tiene importantes consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil. Hasta ahora, las acciones civiles de indemnización de perjuicios, ya sea contra el imputado o el tercero civilmente responsable se ejercen en conjunto ante el tribunal del crimen. También en este mismo proceso las víctimas por rebote podían intentar la reparación del daño por repercusión. A partir de este cambio en la legislación procesal penal, puede vaticinarse un aumento en la aplicación del estatuto de responsabilidad civil contractual.

En efecto, según dijimos, la razón por la cual se aplica el estatuto cuasidelictual a la clínica radica en la excepción ampliamente aceptada a la concurrencia de responsabilidades cuando la acción civil se ejerce en el proceso penal. Sin embargo, al estar vedada la acción civil en el proceso penal para

³⁴ Artículo 108: "Concepto. Para los efectos de este código, se considera víctima al ofendido por el delito.

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge y a los hijos
- b) a los ascendientes
- c) al conviviente
- d) a los hermanos, y
- e) al adoptado o adoptante

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes".

³² Un espléndido resumen puede consultarse en ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 64 y ss.

³³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 7), N° 51, p. 91.

perseguir la responsabilidad civil de la clínica y existiendo contrato, sólo podrá invocarse el estatuto contractual. Por lo demás, la regla general es que exista contrato entre la clínica y el paciente/víctima. Tratándose de las víctimas por rebote, el estatuto aplicable seguirá siendo el cuasidelictual, pues no existe contrato entre éstas y la clínica. Solamente corresponde aplicar la responsabilidad contractual en el caso que los causahabientes invoquen su calidad de herederos para obtener la reparación del daño padecido por el causante³⁵.

Esta situación, según puede apreciarse, presenta serios problemas. En primer lugar, la víctima directa y aquéllas por rebote se regirán por un estatuto distinto. En segundo lugar, la sentencia en el proceso penal puede ser distinta a la solución dictada en lo civil. Bien puede resultar que el médico sea absuelto o se dicte un sobreseimiento definitivo y en el proceso civil se establezca la responsabilidad civil de la clínica por el hecho del médico o del mismo médico, pero a favor de las víctimas por rebote. La circunstancia de estar impedida la víctima directa de obtener la reparación civil de la clínica en el proceso penal significará potenciar el estatuto contractual. Una nueva contractualización de la responsabilidad civil médica se avizora³⁶.

En lo que concierne a la clínica, su responsabilidad puede ser directa o por el hecho ajeno. Existe una jurisprudencia uniforme que establece la procedencia de una responsabilidad directa de la clínica, la cual puede verificarse de manera independiente de la culpa o negligencia de su personal médico o auxiliares; por ejemplo, por infecciones intrahospitalarias o nosocomiales o por falta en la organización. Una muestra clara es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que, absolviendo los médicos, establece la responsabilidad objetiva de una clínica por riesgo creado, aduciendo una falta en la organización³⁷. Una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago confirma

la tendencia a establecer responsabilidad directa de la clínica³⁸. Sin embargo, aquí debe tratarse de una conducta o negligencia imputable de manera directa a la clínica.

La situación es distinta cuando estamos en presencia de la responsabilidad por el hecho de otro. Aquí es imprescindible la existencia de un acto u omisión culpable de un dependiente, a partir del cual se presume la culpa de la clínica. Estos casos han sido fallados en virtud de las reglas de la responsabilidad cuasidelictual. Pero la responsabilidad civil de la clínica puede regirse también por el estatuto contractual. Dentro del estatuto contractual aplicable a la clínica, especial relevancia tomará su responsabilidad por el hecho ajeno. La concomitancia de estatutos de responsabilidad civil permite augurar un interesante futuro a los espinudos problemas de fronteras entre ambas ramas de la responsabilidad civil. Aunque de *lege ferenda* parece necesario unificar ambos estatutos cuando se presenten daños físicos, teniendo en cuenta el derecho positivo, debemos contar con la *summa divisio* entre responsabilidad contractual y responsabilidad delictual o cuasidelictual³⁹.

cuestión distinta ocurre en la responsabilidad de los hospitales públicos en que existe una marcada jurisprudencia que establece la responsabilidad objetiva basada en argumentos constitucionales. Por vía de ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, en GJ, N° 259, p. 38 y ss. Sobre la responsabilidad objetiva del Estado *vid.* SILVA SIMMA, E., *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, Jurídica, 1995, tomo: El servicio público, p. 247; CALDERA DELGADO, H., *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Santiago, Jurídica, 1982, pp. 205-207; SOTO KLOSS, E., *Derecho administrativo. Bases Fundamentales*, Santiago, Jurídica, 1996, tomo II, pp. 309 y 310; "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en RDJ, tomo LXXXI, 1984, 1ª parte, p. 87; cfr. PIERRY ARRAU, P., "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en RDJ, tomo XCII, 1995, 1ª parte, p. 17 y ss. Entre los numerosos fallos puede consultarse: Corte de Apelaciones PAC, 31 de diciembre de 1986, en GJ, N° 79, p. 54; Corte Suprema, 27 de junio de 1983, en GJ, N° 38, p. 34; Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de diciembre de 1993, en GJ, N° 162, p. 58; Cfr. Corte Suprema, 24 de enero de 2002, en GJ, N° 259, p. 38.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de julio de 2002, rol Corte 1397-1998. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, 18 de diciembre de 2002, rol 3401-2002.

³⁹ El profesor Zelaya propone privilegiar la aplicación del estatuto delictual o cuasidelictual. Sin embargo, teniendo en cuenta la nueva normativa procesal penal que dará lugar a exigir la reparación ante un tribunal civil y el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, parece menos probable que el estatuto extracontractual se erija como la regla general. Por lo demás, la apreciación según la cual el estatuto extracontractual resulta más idóneo para establecer la responsabilidad de las clínicas de salud no parece completamente convincente. En efecto, las reglas previstas en el título XXXV del libro IV del *Código Civil* que describen un estatuto subjetivo de responsabilidad basado en la culpa no es más apropiado que las reglas del título XII del libro IV del mismo *Código*. Lo que ocurre es que la jurisprudencia o, más bien, ciertos fallos han ido objetivizando la responsabilidad cuasidelictual o delictual, estableciendo mecanismos que impiden liberarse de responsabilidad al tercero civilmente responsable. En la jurisprudencia nacional

³⁵ En efecto, existiendo un daño al causante, los herederos, ya sea el cónyuge, los hijos u otros causahabientes, pueden intentar la reparación del daño causado a su causante. Existe un debate doctrinal acerca de la transmisibilidad de la acción para obtener la reparación del daño moral de la víctima directa cuando ésta fallece de manera instantánea. La posición tradicional liderada por Alessandri y seguida por alguna jurisprudencia, sostiene que no puede un heredero obtener la reparación del daño moral de su causante cuando fallece de manera instantánea. ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 7), p. 467 y ss.; lo sigue ABELIUK MANASEVICH (n. 23), p. 229. Así lo ha fallado la Corte Suprema, 4 de mayo de 1948, en RDJ, tomo XIV, sec. 1ª, p. 526. Esta posición ha sido criticada por cierta doctrina. En particular, *vid.* ELORRIAGA DE BONIS (n. 12), p. 395 y ss.; PEÑA GONZÁLEZ, C. y JANA LINETZKY, A., *La reparación del daño moral*, Santiago, Jurídica, 2003 (en prensa); RODRÍGUEZ GREZ, (n. 22), p. 366. Una posición menos enfática en DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *El daño moral*, Santiago, Jurídica, 2000, p. 735.

³⁶ Sobre los expedientes de contractualización de la responsabilidad civil, ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), pp. 52-58.

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de junio de 2001, rol Corte 36.518-98 (sin publicar). V. LÓPEZ SANTA-MARÍA, J., "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en *Cuadernos Jurídicos*, N° 10, Viña del Mar, Universidad Adolfo Ibáñez, marzo 1998. Una

Según la finalidad de este estudio, en lo que sigue nos referiremos sólo a la posible responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno, la cual puede verificarse por actos u omisiones que causan un daño al paciente provenientes de una conducta de auxiliares bajo dependencia laboral de la institución o por parte de médicos que pueden o no presentar relación laboral con la misma.

A. La responsabilidad de la clínica por el hecho de sus dependientes

La responsabilidad de la clínica por el hecho de auxiliares médicos se encuentra bien asentada en nuestra jurisprudencia. Esto mismo ocurre de manera uniforme en el derecho comparado⁴⁰. La clínica responde por los daños causados por su personal en la ejecución de obligaciones emanadas del contrato de hospitalización, responsabilidad que puede ser contractual o cuasidelictual, según exista o no contrato. La regla general es la presencia de una relación contractual; sólo por excepción no existe contrato. Así ocurre cuando el paciente ingresa inconsciente al recinto hospitalario. Sin embargo, la jurisprudencia actual en sede criminal aplica la responsabilidad cuasidelictual de manera uniforme. Con todo, según dijimos, ante las restricciones establecidas por el artículo 59 del nuevo *Código Procesal Penal*, la responsabilidad contractual será el estatuto usual aplicable.

sólo existe una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que ha aplicado la responsabilidad objetiva a una clínica. Sin embargo, no existe un pronunciamiento de la Corte Suprema en este sentido. Por consiguiente, la responsabilidad por riesgo de empresa no constituye un precedente importante en la jurisprudencia nacional. Ésta aplica todavía un sistema subjetivo basado en la culpa. Es cierto que cada vez resulta más difícil probar la diligencia exigida al principal o tercero civilmente responsable, pero las sentencias recientes no se apartan del sistema basado en la culpa. Además, los mecanismos de objetivación no son exclusivos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. Nada impide que esta evolución pueda verificarse en el ámbito contractual. Los mismos expedientes son válidos en las relaciones contractuales. También podría utilizarse la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado para objetivar la responsabilidad civil contractual. Siendo las obligaciones de medios un claro ejemplo de responsabilidad subjetiva basada en la culpa, las obligaciones de resultado dan lugar a la responsabilidad objetiva. En estas últimas sólo procede para eximirse de responsabilidad alguna causa extraña, ya sea la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de la víctima o el hecho de un tercero. Con esto quiero decir que la objetivación de la responsabilidad civil no tiene que ver necesariamente con uno u otro estatuto, sino que con las explicaciones doctrinarias que puedan darse a cualquiera de los estatutos de responsabilidad civil.

⁴⁰ Vid. JOURDAIN, P., "La responsabilité du fait d'autrui en matière médicale", en *Petites Affiches*, N° 189, 1999, p. 29 y ss.; PENNEAU, J., *La responsabilité du médecin*, 2ª ed. Paris, Dalloz, 1996, p. 70 y ss.; Corte de Casación, 4 de junio de 1991, en JCP ed. G., 21730, 1991, p. 317, observaciones Jean SAVATIER; Corte de Casación, 26 de mayo de 1999, en JCP ed. G., 10112, II, p. 1.193, informe Pierre SARGOS. En España, puede consultarse, la sentencia del Tribunal Supremo, 29 de noviembre de 2002 y la jurisprudencia citada, observaciones Álvaro LUNA YERGA. Disponible en www.indret.com. visitado el 23 de julio de 2003.

Existiendo un contrato de hospitalización, la clínica responde por el hecho de sus dependientes. Se trata de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno. Aquí cabe recordar lo dicho con relación al equipo médico; la clínica se obliga a realizar determinadas prestaciones para cuyo cumplimiento recurre a sus auxiliares médicos. El paciente no celebra un contrato con cada auxiliar médico, sino que éstos actúan y ejecutan las obligaciones suscritas por la clínica, en virtud de la relación laboral que los vincula al establecimiento de salud, la cual introduce voluntariamente un determinado personal para la ejecución de sus obligaciones contractuales; razón por la cual debe responder por los actos u omisiones de dicho personal. La pregunta que cabe plantearse es, ¿cuáles son las características de este tipo de responsabilidad? Tratándose de la responsabilidad civil contractual, el *Código Civil* establece una presunción de culpa ex. artículo 1.547 inciso 3° del *Código Civil*. El acreedor debe probar la existencia del contrato y alegar el incumplimiento. Corresponde al deudor acreditar que actuó con la diligencia debida.

Como puede observarse la responsabilidad de la clínica por su personal auxiliar no genera mayores dificultades. Existiendo un contrato de hospitalización entre el paciente y la clínica, ésta debe responder, según las reglas de la responsabilidad contractual, por los daños causados al paciente por su personal hospitalario. En la situación excepcional que no exista contrato, la regla aplicable será el artículo 2.320 del *Código Civil*. La víctima deberá acreditar la culpa del auxiliar y el vínculo de subordinación; si logra con éxito acreditar estos elementos, se presume la culpa de la clínica, la cual puede eximirse de responsabilidad mediante la prueba liberatoria. En suma, puede responder por los daños causados por auxiliares contratados por vía contractual o cuasidelictual. En ambas hipótesis deberá responder por el hecho ajeno.

B. La responsabilidad de la clínica por el hecho de un médico

La responsabilidad de la clínica por los daños causados por médicos al interior de sus dependencias requiere distinguir si el médico presenta o no una vinculación laboral con la referida clínica. Al existir un contrato de trabajo entre el médico y la clínica, la doctrina concuerda en que esta última debe responder civilmente. Si no existe contrato de hospitalización o la reparación se exige en el antiguo proceso penal, la responsabilidad civil aplicable será el estatuto cuasidelictual. Aquí tendrá plena aplicación el artículo 2.320 del *Código Civil*. Por lo tanto, deben concurrir todas las condiciones previstas para que se verifique este tipo de responsabilidad. En el ámbito particular de la responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno, la jurisprudencia nacional no ha cuestionado su procedencia, sin embargo, según la noción tradicional del vínculo de subordinación, resulta discutible entender que existe dependencia del médico con relación al establecimiento privado de salud. En efecto, en el ejercicio de

la actividad médica, la clínica carece de autoridad para controlar, prevenir o vigilar el acto médico.

En el derecho comparado, en primer término, se sostuvo que la independencia en el ejercicio de la medicina impedía todo vínculo de subordinación. Sin embargo, esta crítica fue descartada. Nada impide que un establecimiento privado de salud pueda celebrar un contrato comprometiéndose a realizar determinadas prestaciones médicas que serán ejecutadas por nosocomios que forman parte de su equipo. Cabe tener presente, además, que los pacientes depositan con mayor regularidad su confianza en la clínica, cuyo prestigio supone la de sus médicos. En segundo lugar, si bien los médicos presentan una autonomía técnica, el vínculo de subordinación debe entenderse en el sentido que el nosocomio actúa en el interés y por cuenta de otro, en este caso la clínica. Por lo demás, el acto médico ejecutado beneficia, sin duda, a la institución que recibe los honorarios. Los médicos asalariados deben sujetarse a la reglamentación establecida por el recinto privado de salud. Basta recordar la sentencia de protección que permite a la clínica obligar a su personal médico a trabajar con los anestelistas que forman parte del equipo⁴¹.

En el ámbito contractual, el desarrollo de la responsabilidad civil por el hecho ajeno es embrionario, lo cual se explica por la razón ya anotada. La responsabilidad civil se exige en el antiguo proceso penal, siendo aplicable el estatuto cuasidelictual. Existiendo contrato de hospitalización y habiendo sido introducido un facultativo médico por la clínica, para realizar las obligaciones contractuales suscritas, procede hacer responsable a ésta por el hecho del médico, correspondiendo aplicar el estatuto contractual.

En suma, existiendo una relación laboral del médico con la clínica, ya sea que se aplique el estatuto cuasidelictual o contractual, ésta debe responder por los daños causados por un médico miembro de su equipo y con el cual existe una relación laboral. Dicha relación de trabajo permite configurar la responsabilidad por el hecho ajeno sin problemas, aunque el médico asalariado ejerce su profesión según su *lex artis*, el paciente no constituye parte de su clientela privada. La ejecución de sus obligaciones médicas no emanan de un contrato médico con el paciente, sino del contrato de trabajo con la clínica. Por lo demás, la remuneración por los servicios prestados no es para el médico, sino para la clínica⁴².

En esta hipótesis es bastante artificial descifrar la existencia de un contrato entre el paciente y el médico. Se presenta un nuevo problema de fronteras de la responsabilidad civil. Si bien está vedada la vía contractual contra el médico asalariado, nada impide la aplicación del estatuto cuasidelictual. El paciente

⁴¹ Corte Suprema, 29 de abril de 1997, Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de enero de 1997, en RDJ, tomo xciv, 1997, p. 33.

⁴² Sobre el particular, JOURDAIN (n. 40), p. 32.

deberá invocar los artículos 2.314 y 2.329 del *Código Civil* para establecer la responsabilidad civil del médico asalariado. De hecho, si se sigue con la ineterada aplicación del estatuto cuasidelictual en el proceso penal, ya se trate del antiguo proceso penal o el nuevo, la responsabilidad civil del imputado será establecida ex. artículos 2.314 y 2.329 del *Código Civil*.

Diferente es la situación del médico que no tiene una relación laboral con la clínica. Ocurre en la práctica que los médicos arriendan o utilizan las dependencias de una clínica sin pertenecer al equipo. Además, un médico de la institución, para realizar una determinada intervención quirúrgica, puede formar un equipo con nosocomios ajenos a la clínica. Aquí la responsabilidad de la clínica parece más difícil de justificar. En esta hipótesis no puede desconocerse la relación contractual entre el paciente y el médico. La ejecución de la prestación por el médico emana del contrato médico; en esta ocasión cabe hacer responsable al médico y la clínica no debe responder civilmente por el hecho ajeno. Con todo, la clínica puede ser responsable por el hecho propio, pero por negligencias que le sean imputables de manera directa⁴³.

III. POR UNA MODERADA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN PRESENCIA DE DAÑOS FÍSICOS

Según hemos podido constatar en este estudio, la responsabilidad médica plantea importantes problemas de fronteras al momento de definir si corresponde aplicar el estatuto contractual o el cuasidelictual. Según las circunstancias, la víctima debe invocar la responsabilidad contractual o la responsabilidad cuasidelictual. Como se sabe, ambos estatutos presentan diferencias relevantes, aunque existe una cierta atenuación de dichas diferencias, ciertas discordancias persisten. En primer lugar, en el ámbito contractual el incumplimiento se presume culpable ex. artículo 1.547 inciso 3° del *Código Civil*. Quizá ésta sea la diferencia más notable cuando se compara la responsabilidad contractual y la responsabilidad cuasidelictual. En segundo término, la solidaridad está prevista en el ámbito cuasidelictual cuando dos o más personas cometen un mismo ilícito civil. A pesar de las restricciones y vacilaciones de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 2.317 del *Código Civil*, esta situación difiere del régimen contractual que no contempla la solidaridad pasiva ex. artículo 1.511 del *Código Civil*.

Otra cuestión relevante tiene relación con la prescripción. Según señala el artículo 2.332 del *Código Civil*, las acciones para exigir la responsabilidad delictual o cuasidelictual prescriben en cuatro años desde la perpetración del acto. Por el

⁴³ Por ejemplo, Corte Suprema, 2 de junio de 1993, en RDJ, tomo xc, sec. 4ª, p. 70 y ss.

contrario, la acción para exigir la reparación de daños a propósito del incumplimiento de una obligación contractual es la regla general de cinco años desde que la obligación se hace exigible, según señala el artículo 2.515 del *Código Civil*. Diferencias menos relevantes son, por ejemplo, la limitación del artículo 1.558 del *Código Civil* en materia contractual, si bien el precepto restringe la indemnización a los daños previstos, salvo incumplimiento con dolo, la jurisprudencia no suele realizar la distinción entre daños previstos e imprevistos.

Una diferencia que justificaba la preferencia del estatuto cuasidelictual era la indemnización del daño moral, el cual hasta principios de la década de los noventa se consideraba improcedente en el ámbito contractual. Sin embargo, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema acepta la reparación del daño moral por incumplimiento de contrato, incluso, invocando argumentos constitucionales⁴⁴. Así, las diferencias en el tratamiento de la víctima no son justificables. Aún más, con apego estricto a la ley, la víctima por rebote podría demandar más perjuicios que la víctima directa. En efecto, si recibiera aplicación el artículo 1.558 del *Código Civil*, la víctima directa, salvo incumplimiento doloso, no podría demandar los daños imprevistos; en cambio, las víctimas por rebote al regirse por el estatuto cuasidelictual pueden demandar la reparación de todo daño. De ahí que podamos plantear la interrogante si resulta apropiado proceder a una moderada unificación de la responsabilidad civil cuando se produzcan daños físicos o la muerte de la víctima. De esta manera se eliminarían las diferencias existentes en el tratamiento de las víctimas, ya sean directas o por rebote. Incluso, no sería necesario proceder a las complejas disquisiciones para determinar si estamos en presencia de responsabilidad contractual o cuasidelictual. El problema complejo de determinar si la víctima debe situarse en el ámbito contractual o cuasidelictual se presenta de manera recurrente en el terreno de la responsabilidad profesional. Para paliar esta situación, la doctrina y jurisprudencia comparada ha ido elaborando deberes de seguridad que se entienden incorporados al contrato. Así ocurre en la jurisprudencia alemana. La misma solución ha sido acogida parcialmente en la doctrina y jurisprudencia francesa⁴⁵. De esta manera, las lesiones o muerte del paciente permiten invocar el incumplimiento de un deber de cuidado contractual.

Existe una identificación entre las obligaciones accesorias y pretorianas incluidas en el contrato y el deber general de no dañar al prójimo. La jurispru-

⁴⁴ Vid. recientemente y de manera definitiva, la sentencia de la Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, en GJ, N° 257, 2001, p. 39 y ss., en particular, el considerando 9°. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2002, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación, 29 de octubre de 2002, en GJ, N° 268, 2002, p. 93 y ss.

⁴⁵ Vid., sin embargo, las críticas al "forçage du contrat" de VINEY (n. 13), N° 239-2, p. 439; LAMBERT-FAIVRE, Y., "Fondement et régime de l'obligation de sécurité", en *D.*, 1994, chronique, p. 81 y ss.

dencia mediante una interpretación objetiva del contrato incluye ex pos deberes que forman parte de la relación contractual.

Otra solución recogida por la jurisprudencia española ha sido establecer la opción a favor de la víctima, la cual puede optar entre la responsabilidad contractual o aquiliana⁴⁶. Esta solución ha sido criticada, al estimar que puede significar un desconocimiento del acuerdo contractual. En particular Díez-Picazo sostiene que la manera de resolver la concurrencia de responsabilidades es aplicar el régimen contractual. Además, estima el reputado civilista que la tesis opcional puede significar un desconocimiento de la relación contractual y que en todo caso no cabe la opción "en aquellos casos en que el contrato contenga reglas de conducta que comporten especiales sistemas de distribución de los riesgos o de los daños derivados de la ejecución del contrato"⁴⁷.

Como podemos observar, la existencia de dos sistemas de responsabilidad aplicables a víctimas de un mismo hecho no se justifica. Esta situación es aún más sensible en el ámbito de la responsabilidad profesional, ¿qué puede explicar el establecimiento de diferencias entre el paciente/víctima y las víctimas por rebote? Asimismo, esta situación crea inseguridad en los operadores jurídicos.

El profesional o la clínica no pueden adoptar un seguro apropiado, pues no existe claridad sobre el régimen de responsabilidad al cual están expuestos. Ésta es otra razón por la cual no parece conveniente establecer una simple opción a favor de la víctima. El óptimo consiste en proceder a una unificación del régimen aplicable sin distinguir entre víctimas vinculadas por un contrato o no.

Debe existir uniformidad en cuanto al hecho generador de responsabilidad, a la prescripción, a los daños indemnizables y a la solidaridad. Esto no significa desconocer el acuerdo contractual. La razón principal que se esgrime para descartar la opción a favor de la víctima consiste en entender que se lesiona la previsión de los contratantes; no obstante, la unificación del régimen de la responsabilidad civil debe respetar el acuerdo de las partes. Si éstas han procedido a establecer cláusulas relativas a la responsabilidad deben ser respetadas, siempre y cuando no infrinjan el derecho positivo.

En definitiva, proponemos una unificación moderada de la responsabilidad civil que permita a los operadores jurídicos conocer mejor las reglas aplicables sin desconocer el contenido contractual.

⁴⁶ En esta misma línea, ZELAYA ETCHEGARAY (n. 16), p. 58 y ss.

⁴⁷ Díez-Picazo, L., *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2000, p. 268. En el mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dickinson, 2001, pp. 105 y 106; TUNC, A., *La responsabilité civile*, 2ª ed. Paris, Economica, 1989, p. 40 y ss.