Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 201
AÑO LXV
ENERO-JUNIO 1997
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

RESPONSABILIDAD CIVIL DE HOSPITALES Y CLINICAS (MODERNAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES) *

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY
Profesor Derecho Civil
U. de Chile y U. de Los Andes

I. INTRODUCCION

Cuando se estudia o se escribe sobre la responsabilidad civil médica es frecuente que los autores centren su atención en la persona del facultativo que con dolo o culpa —y como agente material y directo del daño— causó el daño al respectivo paciente[1].

De esta forma, los abogados —y los jueces que conocen de las demandas indemnizatorias por *malpractice* médica— centran sus esfuerzos en fundamentar o en negar la íntegra reparación del daño pero a costa del patrimonio personal del o los profesionales de la salud que intervinieron directamente en la prestacion médica que causó el perjuicio respectivo.

Creemos que esta tendencia a exigir una responsabilidad individual o personal cada vez más estricta del médico o del profesional de la medicina que interviene en la atención de la víctima se podía explicar no sólo por la forma como se ejercía antiguamente la medicina sino también por la visión que se tenía sobre el fundamento y la finalidad de la responsabilidad civil.

En efecto, hasta hace algunos años la doctrina tradicional enseñaba que la responsabilidad civil sólo tenía por objeto sancionar al sujeto culpable de un daño antijurídico mediante la aplicación de una indemnización que operaba como pena o sanción por la conducta ilícita. De esta forma, la responsabilidad civil basada en la culpa tenía y tiene por objeto fundamental moralizar las conductas mediante la imposición de una pena (indemnización) que sirve para sancionar la conducta del culpable y prevenir la comisión de nuevos ilícitos[2].

*Este trabajo es resultado de la labor realizada bajo el patrocinio y financiamiento del FONDECYT, en el marco del Proyecto de Investigación N° 196 00 12 titulado: "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas por la negligencia médico-sanitaria", Santiago, 1996.

[1] No existen en Chile —y es difícil encontrar en derecho comparado, salvo en Estados Unidos de Norteamérica— obras que traten en forma orgánica y sistemática el tema en estudio. Cfr. Acosta Ramírez, V., ***De la responsabilidad civil médica,*** Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990. Tampoco el asunto ha sido discutido ampliamente en Tribunales. Cfr. C. Presidente Aguirre Cerda de 15 de abril de 1992, en *R.D.J.*, t. 89, N° 1, II, II, en la cual sólo se discutió la eventual responsabilidad civil por culpa profesional de un dentista sin haber discutido siquiera la eventual responsabilidad civil del ex Sermena.

[2] En relación con la finalidad que cumple hoy la responsabilidad civil, pueden consultarse los siguientes trabajos que constituyen, a nuestro juicio, piezas claves para entender el moderno desarrollo de la institución. Ver Alpa, G. y Bessone, M., ***La responsabilita civile,*** 2ª ed., vol 1., Giuffrè, Milano, 1980; de Angel Yaguez, R., ***Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad (con especial atención a la reparación del daño),*** Cuadernos Civitas, Madrid, 1995; Viney, G., "La responsabilité: conditions", en ***Traité de Droit Civil***, dir. par G. Ghestin, tomo IV, L.G.D.J., Paris, 1982; Cavanillas Mugica, S., ***La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia,*** Aranzadi, Pamplona, 1987; Markesinis, B.S. & Deakin, S.F., *Tort Law,* 3ª edición, Clarendon, Oxford, 1994.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta forma se explica que los pacientes que eran víctimas de una negligencia médica u hospitalaria sólo intentasen perseguir la responsabilidad personal del médico cuando el acto era tan grave y aberrante que, a todas luces, era necesario imponer una sanción no sólo civil sino penal al culpable. En este sentido, y por regla general, el paciente intentaba perseguir la responsabilidad criminal conjuntamente con la civil del médico o del agente sanitario que fue el causante directo del daño, pero no se buscaba la responsabilidad civil del Centro Asistencial donde aquél practicó la intervención negligente.

Por otro lado contribuyó a lo anterior el hecho que, durante décadas, ha existido la convicción de que la labor del médico o del agente sanitario que atiende al paciente es personalísima y se rige por sus propias reglas *(lex artis)*, las que suelen ser indelegables y no sujetas al control, dirección o fiscalización por parte de ninguna institución, empresa u organización pública o privada. Por tanto, si existe un responsable, éste debía ser el médico o el profesional de la salud que atendió a la víctima.

Sin embargo la forma como se realizan las prestaciones médicas han ido cambiando paulatinamente durante el último tiempo. Por regla general, éstas ya no son ejecutadas por un "médico de familia" o "médico de cabecera" sino por un conjunto de médicos y especialistas al interior de un hospital y con la ayuda de equipos e instrumentos organizados por la propia institución de salud pública o privada.

En este sentido se ha producido una verdadera despersonalización de la atención médico-sanitaria, ya que cada día es mas frecuente que los médicos y los demás profesionales de la salud presten sus servicios al interior de un hospital que no sólo les facilita el inmueble y el instrumental adecuado —la llamada infraestructura hospitalaria—, sino también la permanente colaboración de otros profesionales y el permanente apoyo del personal auxiliar o paramédico.

Asimismo, los modernos hospitales han dejado de ser instituciones de caridad o pertenecientes a una fundación sin fines de lucro, atendidos por médicos y enfermeras que prestan sus servicios en forma gratuita o desinteresada, para transformarse en grandes empresas prestadoras de servicios médicos cada vez más amplios y sofisticados[5].

[5]Durante varias décadas el *common law* estableció que los hospitales de caridad o sin fines de lucro no eran vicariamente responsables por los hechos culpables de su personal médico. Aunque hoy se abandonó casi por completo esta inmunidad, ella subsiste en el derecho de muchos estados de Norteamérica. La doctrina norteamericana suele llamar a esta defensa *"the charitable immunity"* y tiene una aplicación muy disímil en las jurisdicciones de los distintos estados en USA. En algunos, los hospitales sin fines de lucro permanecen inmunes frente a las demandas por responsabilidad civil; en otros, sólo son responsables si han incurrido en culpa al elegir al dependiente que causa el daño. En otros, se impone al hospital una responsabilidad sólo en relación con los pacientes que pagaron por su tratamiento pero lo eximen respecto de los pacientes atendidos en forma gratuita. En algunas jurisdicciones, la responsabilidad civil del hospital se determina por la naturaleza del acto negligente, en el sentido de considerarlo civilmente responsable sólo si se trata de un acto de carácter administrativo y de eximirlo cuando el acto que causa el daño es de carácter médico/profesional, que requiere del conocimiento de la ciencia o arte médica. Asimismo, cuando el daño es causado por un equipo médico, y frente a la inmunidad del hospital, se recurre a la doctrina denominada *"the captain of the ship doctrine"* para condenar civilmente al jefe del equipo respectivo. En este último supuesto, también se recurre a la doctrina denominada *"the borrowed servant doctrine"*, en virtud de la cual cuando el médico jefe (del equipo médico) "toma prestado" a uno o más empleados del hospital para conformar su propio equipo médico, se entiende que aquél es el empleador especial de todos éstos y será civilmente responsable por las acciones negligentes de estos últimos, eximiéndose de toda responsabilidad civil el empleador general o permanente (el hospital). Sin embargo, para que se pueda aplicar esta tesis el médico debe, al menos, tener el derecho de controlar los pormenores físicos y la forma como se desempeñan tales empleados. Por eso la jurisprudencia norteamericana aplica esta doctrina y condena al médico jefe no sólo cuando éste estuvo presente físicamente al momento que el empleado del hospital cometió el acto negligente sino también cuando tuvo una genuina oportunidad para prevenir dicho daño.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta forma, hoy en día muchos hospitales y clínicas son instituciones que no sólo ofrecen al público un alojamiento y una atención paramédica elemental, sino que suministran una amplia cobertura de prestaciones y servicios sanitarios —la llamada cobertura médica integral—, a través de un personal altamente calificado y de equipos técnicamente cada vez más sofisticados. Asimismo, los hospitales han crecido en su tamaño y ha aumentado el volumen de las prestaciones ofrecidas y realizadas en favor del usuario[4].

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por tanto, podemos señalar que el ejercicio individual y liberal de la profesión médica ha pasado a ser, en la práctica, una excepción con escasa relevancia social, económica y jurídica pues se ha ido avanzando paulatinamente hacia el ejercicio médico en grupo y empresarialmente organizado al interior de un hospital público o privado.

De esta forma, el acto médico ha dejado de ser un acto individual y personal realizado por el "médico de cabecera" o "médico de familia" y se ha transformado en una actividad o servicio prestado por, a través y al interior de instituciones de salud públicas o privadas.

En este trabajo sólo abordaremos el problema de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas privadas, por cuanto —al menos en Chile— la responsabilidad de los hospitales públicos —pertenecientes a los respectivos Servicios de Salud— está hoy regida por un estatuto jurídico propio y autonómo respecto del Código Civil, que obedece a sus propios principios y criterios rectores[5].

El entramado de relaciones jurídicas que se pueden originar con motivo de una prestación médica al interior de un hospital es hoy altamente complejo y se estructura en torno a dos fundamentales extremos: a) por un lado, la relación entre el hospital y los profesionales de la salud que ejercen su profesión al interior de los mismos (¿qué clase de vínculo existe entre la institución de salud y el o los profesionales que prestan sus servicios en sus instalaciones?; ¿tienen dichos vínculos alguna relevancia jurídica a la hora de imputar responsabilidad civil al demandado?) y b) por otro, la relación entre el paciente y el hospital donde ingresa y/o con los profesionales que prestan sus servicios al interior del mismo (¿con quién se vincula jurídicamente la víctima que ingresa a un hospital, cuántos

[4]Por ello, Fleming, J.G., "Developments in the english law of medical liability", en Roady an Andersen (editors), *Professional Negligence*, Nashville, Tennesi, 1960, p. 102, sostiene lo siguiente: "As modern hospitals have grown in size, and indeed in efficiency, so it has become comparatively harder for them to mantain the human and personal relationship which has always been a characteristics feature of the traditional relation between doctor and patient. (...) By contrast, the impersonal aspect of large modern hospitals, often coupled with an undeveloped sense for public relations, has led to a disappearance of that safaty valve. If anything goes wrong, the hospital patient no longer has any thought of linking it with a particular surgeon, anesthetist, radiologist, nurse or pharmacist; rather he regards it in terms of a corporate defect affecting the institution as a whole". El mismo Fleming, J. G., *The Law of torts*, 7ª ed., The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1987, p. 346, note 58, ha dicho que "Since the decline of immunity, hospital liability has been one of the most dramatically changing areas of personal injury law".

[5]Para un estudio de la responsabilidad civil de los Servicios de Salud por los daños causados al interior de un hospital público puede verse, Soto Kloss, E., "Responsabilidad del Estado", Comentario a la sentencia de Corte Suprema de 9 de mayo de 1991 en autos caratulados "Cancino Rojas, Luis con Servicio de Salud del Maule, queja rol N° 3359, en *Informe Constitucional* N° 144, Santiago, 21 de agosto de 1981; Vázquez Rogat, A., ***La responsabilidad del Estado por los daños originados por la actividad o inactividad de los Servicios de Salud estatales en la jurisprudencia chilena***, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, U. Gabriela Mistral, Santiago, 1995.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y qué clase de contratos celebra y qué relevancia jurídica tienen los deberes de cuidado que ellos generan?).

Lo anterior se puede ejemplificar con el siguiente caso práctico. Una mujer que padecía de anemia necesitaba ser intervenida quirúrgicamente. Para prepararla, su médico tratante —un ginecólogo— decidió practicarle una transfusión de glóbulos rojos.

A sugerencia del referido ginecólogo, la paciente se internó en una clínica privada con la cual dicho facultativo tenía firmado un acuerdo en virtud del cual podía atender allí a sus pacientes particulares. Desde un comienzo se le aseguró que dicha clínica contaba con un banco de sangre. Previo a la transfusión, personal paramédico de la clínica le extrajo una muestra de 5 centímetros cúbicos de sangre para proceder a su posterior examen, clasificación, búsqueda de anticuerpos irregulares y pruebas de compatibilidad. Para estos efectos la referida clínica tenía firmado un convenio con un laboratorio externo en virtud del cual la primera enviaba todos sus pacientes al segundo para que éste les practicara los exámenes de rigor, cobrándoles el precio de mercado. En virtud de este convenio, y como precio o contraprestación a la colaboración de la clínica, el laboratorio le hacía participar en sus utilidades mediante el pago del 20% del valor de cada exámen realizado.

Una vez que ingresó la paciente a la clínica y se obtuvo la respectiva muestra de sangre, su administrador llamó por teléfono al referido laboratorio y le solicitó el suministro de tres unidades de glóbulos rojos de 250 centímetros cúbicos cada una, para ser transfundidos a dicha paciente. A su vez, el referido laboratorio pidió a la clínica que se le enviara de inmediato la respectiva muestra de sangre, la que fue retirada por un radio taxi a las 10:40 hrs., recibiéndola el laboratorio media hora después, sin orden médica de transfusión, ni diagnóstico ni copia de ellos.

El laboratorio examinó la muestra de sangre, la clasificó y señaló que no se habían encontrado anticuerpos de ningún tipo. En esta labor, el laboratorio cumplió con toda la normativa vigente, no sólo respecto de la determinación del grupo sanguíneo y búsqueda de anticuerpos en la sangre de la paciente, sino también en el estudio de la sangre de los dadores que le fue transfundida a la demandante. Sin embargo, al examinar la sangre de la paciente, el laboratorio no hizo estudios para detectar la presencia de antígenos pues, en la práctica, ningún banco de sangre —en las transfusiones normales— realiza estos estudios porque ello haría imposible una rápida transfusión, dado el tiempo y la cantidad de recursos que ello demanda. Una vez concluido el examen, el referido laboratorio remitió a la clínica las tres unidades en el mismo radio taxi que trajo la muestra.

Una vez entregadas las unidades de sangre, personal de la clínica procedió a practicar la transfusión a la paciente. Luego de suministrarle la segunda unidad de sangre, ella presentó escalofríos, náuseas y vómitos, claros síntomas de una reacción o rechazo a la sangre transfundida. En este momento, el personal de la clínica a cargo de la transfusión la suspendió y, a través de la jefa del Departamento Clínico, avisó de inmediato al médico tratante, quien no se había quedado a vigilar personalmente dicha transfusión pues lo había considerado innecesario, ya que ella podía ser vigilada por personal auxiliar de enfermería.

El ginecólogo tratante ordenó por teléfono suspender de inmediato la transfusión y llegó a la clínica pocos minutos después. Luego de examinar a su paciente, el referido profesional prescribió una solución fisiológica a chorro y ordenó que la transfusión sólo

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

continuara si su evolución era favorable. Una vez instalado el suero, la paciente no padeció de escalofríos, náuseas ni vómitos pero sí de mucha fiebre. Sin embargo, a las 2 horas, el personal paramédico de la clínica a cargo de la transfusión continuó con el suministro de la tercera unidad de glóbulos rojos, la que pasó sin problemas.

Durante la noche, la paciente tuvo nuevos vómitos y se presentó una aguda ictericia. La enfermera de la clínica —a cargo del turno de la noche— llamó nuevamente al médico tratante, quien dispuso la adopción de nuevas medidas y llamó por teléfono al referido laboratorio.

Al día siguiente, la actora tenía ictericia con hemoglobina, lo que obligó a su ginecólogo a solicitar de inmediato exámenes a otro laboratorio y, en base a ellos, se le trasladó a un hospital, en el cual se le detectó la presencia de un antígeno irregular del tipo "Kell". Luego, la paciente fue trasladada a una clínica especializada, en la cual se la sometió a una diálisis renal, con la necesidad de seguir y pagar un riguroso y largo tratamiento, con rehabilitación incluida.

Una vez probado el daño, surgen dos preguntas fundamentales: a) ¿quién debe responder por el perjuicio causado a la paciente? (sujeto pasivo o centro de imputación de la responsabilidad civil); b) y ¿por qué debe responder? (¿cuál es el criterio de imputación del deber de reparar?).

¿Debe responder el ginecólogo tratante por no haber asistido y vigilado personalmente la transfusión o, al menos, por no haber dejado instrucciones suficientes al personal paramédico que se encargó de la misma? ¿Debe responder el auxiliar de enfermería —dependiente de la clínica— que materialmente practicó la transfusión por no haberla suspendido al constatar que la paciente seguía con alta fiebre? ¿Debe responder el administrador de la clínica por haber solicitado los exámenes de sangre a un laboratorio externo en la forma y condiciones pactadas entre ambas entidades? ¿Debe responder el dependiente del laboratorio externo e independiente que no logró descubrir la presencia del antígeno Kell?[6].

Por otro lado cabe preguntarse: ¿puede dirigirse la demanda indemnizatoria contra el hospital dentro del cuál se realizó la respectiva transfusión de sangre? En caso afirmativo: ¿por qué debe responder el hospital: por el hecho propio o por el hecho ajeno? ¿Debe responder el hospital por los actos de su personal paramédico aunque realizaba sus labores bajo la dirección y el control de un médico independiente? ¿Debe responder el hospital por la culpa del ginecólogo tratante con el cual no tenía vinculación laboral alguna pues había sido elegido y contratado por la propia paciente? ¿Debe responder el hospital por la eventual negligencia de un laboratorio autónomo en su organización y riesgos?

Asimismo cabe preguntarse: ¿debe responder exclusivamente el laboratorio dueño del banco de sangre por la negligencia del dependiente que no logró descubrir el

[6]Desde un punto de vista de la relación de causalidad en la responsabilidad civil, cabría preguntarse: ¿Cuál fue la causa del daño cuya reparación se demanda? ¿Cuál de todas las conductas tiene la entidad jurídica suficiente para servir de causa al daño respectivo? ¿Cuáles conductas son culpables y cuáles no? ¿Puede considerarse que una conducta es causa del daño pero no es culpable y, por tanto, no debe ser civilmente imputable? ¿Deben considerarse todas estas conductas como causas del daño y, por tanto, ser todos ellos solidariamente responsables del daño respectivo? Estas son algunas de las preguntas que surgen en torno a la causalidad en la responsabilidad civil. Sin embargo el moderno derecho de daños y en relación con la responsabilidad empresarial ya no se pregunta por la causa del daño sino por la imputación o atribución del riesgo a la actividad que lo genera.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

antígeno Kell o se trató de un simple accidente transfusional que no puede imputarse a dolo o culpa de persona alguna?[7]

Por último surge una pregunta fundamental: ¿deben responder solidariamente ambas entidades del daño causado o cada una debe responder de la cuota o parte en la obligación indemnizatoria?

En los siguientes acápites sólo intentaremos responder las cuestiones relativas a la eventual responsabilidad civil del hospital donde se practicó la transfusión causante del daño, dejando de lado la posible responsabilidad penal y civil de los profesionales de la salud que intervinieron en la prestación médica del caso.

III. LA CONTRACTUALIZACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y HOSPITALARIA

1. Introducción

Tradicionalmente la actividad médica ha sido visualizada como aquella que surge de la relación personal entre el médico y su paciente, en virtud de la cual el primero —como profesional independiente y en el ejercicio liberal de su profesión, ciencia o arte— presta directa y personalmente sus servicios al enfermo que le solicita su intervención.

Por este motivo, cuando se ha intentado describir la naturaleza jurídica del vínculo que une al profesional de la medicina con el enfermo respectivo, se ha entendido que, entre ambos, existe un "contrato de atención médica" o "contrato de asistencia sanitaria", en virtud del cual el profesional se obliga a prestar los servicios médicos del caso y el paciente a pagar un determinado precio por los mismos. Así por ejemplo, De La Maza señala que "no hay duda que la relación que existe entre el médico y el enfermo a quien atiende es de naturaleza contractual"[8]. En este sentido la doctrina y la jurisprudencia han hecho ingentes esfuerzos por intentar describir cuáles son los derechos y obligaciones que emanan de un contrato de esta naturaleza y características[9].

[7] Desde un punto de vista sustantivo surge aquí un tema crucial: ¿cuál es el criterio de imputación del deber de reparar que se aplica a los daños causados en el ejercicio de la medicina? ¿Es la culpa, el riesgo o la garantía? Dependiendo de este criterio se hará responder a una persona o entidad por los daños causados por un simple accidente o error involuntario.

[8] De la Maza Rivadeneira, L., "El contrato de atención médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 1, 1989, p. 2, con cita de abundante bibliografía francesa. Este artículo constituye un acertado resumen de la postura tradicional respecto de la naturaleza jurídica de la actividad médica y del vínculo que une al médico y/o al hospital con el paciente respectivo.

[9] Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 1994, que condenó a un médico por la omisión del deber de información respecto de un paciente al que había practicado una vasectomía y distinguió entre los contratos que tienen por objeto intentar la curación de una enfermedad (medicina curativa o patológica) de aquellos que tienen por objeto mejorar un aspecto estético o físico o para la transformación de una actividad biológica. Respecto de los primeros señaló en su considerando Segundo lo siguiente: "Que, no obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que (...) la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares , o de la

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Asimismo, y en relación con los servicios prestados por el hospital, se ha entendido que el vínculo jurídico que une al centro sanitario con el paciente que ingresa al mismo tiene un marcado carácter contractual, lo que se traduce en la celebración del llamado "contrato de hospitalización", el cual puede tener por objeto el simple alojamiento (los servicios de hotelería y hospedaje) y la atención paramédica básica o bien, una asistencia sanitaria íntegra y completa[10] . Así, por ejemplo, nuestra jurisprudencia ha señalado que "si bien el vínculo obligacional entre la actora y la clínica proviene de un contrato no formal (...), el Tribunal tendrá por acreditada su existencia. Igualmente presumira como obligaciones contractuales mínimas de dicha clínica, las de efectuar la transfusión en condiciones de seguridad suficientes para el paciente, lo que significa que ella debía realizarse bajo medidas de precaución que corresponde (...). Los cuidados referidos constituían para la clínica, obligación principal emanada del contrato habido entre la actora y la clínica demanda"[11].

En relación con esta línea de pensamiento, la doctrina tradicional ha entendido que la responsabilidad civil médica y también la hospitalaria tienen un marcado carácter contractual, por cuanto la obligación indemnizatoria supondría siempre —y tendría como

misma organización sanitario—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica o norma requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, las diligencias que el derecho califica como propias de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, de hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) en los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades y dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia". Respecto de los segundos, el Considerando Tercero señaló que "el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada".

[10] Para cierto sector de la doctrina extranjera el objeto del contrato de hospitalizacion o de servicios hospitalarios puede estar constituido básicamente por dos tipos de prestaciones: a) la prestación médico-quirúrgica propiamente tal (el tratamiento médico específico) y b) la simple prestación de alojamiento (servicios de hotelería) y otras accesorias al tratamiento médico (asistencia sanitaria básica y general). En este sentido, cuando el paciente ingresa al hospital sin contratar con médico alguno, la institución hospitalaria asume, por regla general, las obligaciones propias del tratamiento médico integral (obligación de ejecutar los actos médicos del caso), del alojamiento y de la asistencia general, que realizará por medio de sus propios médicos, según las diversas modalidades contractuales que pueden darse entre éstos y el hospital respectivo. Por el contrario, cuando el paciente ha elegido al médico tratante y ha celebrado con él un contrato de asistencia sanitaria —llamado "contrato médico"— en forma previa a la hospitalización, es claro que el hospital sólo asume los deberes de cuidado propios del simple alojamiento y de la asistencia sanitaria general, no siendo responsable de las negligencias propias del acto médico ejecutado por el profesional médico y/o por su equipo. De esta manera, el contenido del contrato de hospitalización es muy diverso y la extensión de las obligaciones para el hospital dependerá de la forma como se haya generado el ingreso del paciente al recinto hospitalario. De todas formas, la existencia del contrato de hospitalización —y su mayor o menor contenido prestacional— no impide el ejercicio de la acción aquiliana contra el agente directo del daño y contra el hospital.

[11] Sentencia del 22° Juzgado Civil de Santiago, causa rol N° 904-92, caratulado "Avendaño Mercedes con S. Kohan Hnos.", de fecha 29 de abril de 1996 (sentencia aún sin publicar).

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

único fundamento— la infracción por parte del médico y/o del hospital demandado, de los específicos deberes de cuidado impuestos por el contrato de atención médica y/o de hospitalización. En otras palabras, para cierto sector de la doctrina, el grado de diligencia exigible al prestador de los servicios médicos debe buscarse en el pretendido contrato celebrado entre el médico y/o el hospital y el paciente que sufre el daño.

Por este motivo el paciente que sufre daños y perjuicios con ocasión de un tratamiento médico negligente —aún si lo ha recibido al interior de un recinto hospitalario— debería demandar la indemnización de perjuicios por la vía contractual y no podría —según la doctrina imperante en Chile— optar por la vía extracontractual .

Sin embargo es muy frecuente que cuando el paciente ingresa a un hospital o clínica no firme contrato alguno con el centro asistencial ni tampoco con los médicos y con el resto del personal sanitario que le atiende, ya que éstos suelen ser simples empleados del hospital, respecto de los cuales el enfermo no ha tenido relación alguna o bien, profesionales independientes que han sido contratados directamente por el médico tratante para constituir un equipo médico, el cual sólo utiliza la infraestructura y los equipos del hospital.

De esta forma, y por regla general, el paciente no tiene vínculo o relación jurídica alguna con el personal médico y paramédico que lo atiende directamente dentro del hospital y que, en la práctica, le causa el daño respectivo. En este supuesto: ¿que clase de responsabilidad se debe hacer valer contra la clínica y contra el causante material del daño? ¿La contractual o la extracontractual?

En estricta teoría, la víctima debería iniciar conjuntamente dos acciones: una acción contractual contra el hospital, por el eventual incumplimiento del contrato de asistencia sanitaria y de hospitalización celebrado con aquél y otra acción extracontractual contra el médico o agente sanitario que causó materialmente el daño respectivo, pues a su respecto no ha celebrado contrato alguno.

Sin embargo, ¿cómo se justifica que un mismo hecho —el daño causado al paciente durante la atención médica realizada al interior del hospital— pueda dar origen a dos clases de responsabilidad civil y que son, en principio, incompatibles entre sí? ¿Cómo es posible que la lesión de un mismo bien jurídico —la vida o la salud del paciente— esté protegida por dos normativas diferentes e incompatibles entre sí? ¿Cómo se puede concebir que dos acciones diferentes tengan como finalidad la íntegra reparación de un único daño?

En un esfuerzo por conservar la coherencia lógica del sistema, la doctrina tradicional ha intentado "contractualizar" al máximo la responsabilidad civil proveniente de la actividad médica y hospitalaria, por cuanto ha sostenido —desde un punto de vista teórico o dogmático— que todos los supuestos de responsabilidad médica y hospitalaria obedecen siempre y necesariamente a los esquemas propios del incumplimiento contractual y, además, porque ha estimado que con ello se protegen mejor los intereses de la víctima demandante.

2. Mecanismos de contractualización de la responsabilidad civil médica y hospitalaria

Frente a estos problemas y disfunciones, la doctrina tradicional ha creado y desarrollado algunos argumentos para encuadrar todas las posibles situaciones dentro de

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la normativa contractual y, con ello, poder demandar los perjuicios causados en aplicación de los arts. 1547 y ss. del CC. Sin querer agotar estos mecanismos, podemos señalar los siguientes[12]:

a) Existencia de una pretendida obligación de seguridad

Quizá éste ha sido uno de los expedientes o mecanismos más utilizados por la doctrina clásica para intentar contractualizar al máximo la responsabilidad civil de los hospitales y médicos por los daños causados al paciente durante un determinado tratamiento[13].

En particular, esta doctrina sostiene que en el contrato celebrado entre un paciente y el centro asistencial, éste asume una tácita obligación de seguridad para con aquél, en virtud de la cual, si se causa un daño a la vida o a la integridad física o síquica del paciente, el hospital demandado debe responder por el incumplimiento de una tácita obligación de seguridad que emana de dicho contrato pues el hospital no sólo se habría obligado a tratar al paciente sino a garantizar la integridad física o síquica del mismo (que salga del hospital, al menos, en las mismas condiciones como ingresó).

En este sentido, Alessandri[14] sostuvo que algunos contratos llevan implícita una obligación de seguridad en favor del otro contratante. De esta forma, si una de las partes —en nuestro caso, el paciente— sufre un accidente con daño a su persona durante la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la responsabilidad civil del otro contratante —en nuestro caso, el hospital— es contractual pues se violó esta tácita o presunta

[12] De la Maza Rivadeneira, L., "El contrato..." cit., pp. 7 y 8 sostiene que "hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha relación inicial es una *estipulación por otro* (art. 1449) o el *otorgamiento de un mandato* (arts. 2116 y 2123), o un *cuasicontrato de agencia oficiosa* (arts. 2284 y 2286). Esto no excluye que, en definitiva, la relación sea de carácter contractual, siendo igualmente contractual la responsabilidad civil que impone la violación de ella. Por ejemplo, si se contrata a un médico para la realización de una intervención quirúrgica, sin indicarle quiénes deben ser el anestesista, sus médicos ayudantes, las arsenaleras y enfermeras, la relación entre el enfermo y todas esas personas que no conoce, siempre es contractual, porque puede estimarse que el cirujano recibió un *mandato* de su cliente para la contratación de todas ellas o que, a lo menos, actuó como agente oficioso del enfermo en cuanto a su contratación o que estipuló en su favor". Asimismo, la doctrina argentina ha sido fiel partidaria de la contractualización de la responsabilidad médica, llegando a sostener que la responsabilidad hospitalaria es una clara manifestación de la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus auxiliares. Cfr. Bueres, A. J., *Responsabilidad civil de los médicos,* vol. I, 2ª edición, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1992, p. 274; Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad civil del médico,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pp. 115 y 117; Vázquez Ferreyra, R., "La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico-sanitaria", en A.A.V.V., *Responsabilidad civil del empresario,* Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho, U. de Los Andes, Santiago, 1996, pp. 167-184.

[13] Huet, J., Considérations générales sur la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil,* 1986, p. 325, ha señalado que "la responsabilidad contractual ha debido ampliamente su extensión al hecho de que el mecanismo de la obligación de seguridad se ha evidenciado como más fácil de manejar y mucho más protectora de las víctimas, aunque sólo sea desde el punto de vista de la prueba a aportar (...) Es claro que a medida que las reglas específicas tomen a su cargo la reparación de los daños en ciertos sectores de la actividad, resultará cada vez menos útil recurrir a la hipertrofia de las obligaciones contractuales o, incluso, a simulacros de convención, para justificar así la indemnización de ciertas víctimas". También cfr. Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (tratamiento sustantivo y procesal),* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992, p. 65.

[14] Alessandri Rodríguez, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno,* Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 67, señala que "es frecuente que durante la ejecución o con ocasión de un contrato,

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

obligación de seguridad que obligaba al prestador del servicio a garantizar la integridad física y síquica del otro contratante.

Se trata, en definitiva, de ensanchar o extender el "ámbito protector del contrato" mediante el "descubrimiento" de especiales deberes de protección, distintos al interés directo y primario perseguido por los contratantes *(id quod interest)*. En esta perspectiva, la responsabilidad contractual sería algo más que la simple responsabilidad por el incumplimiento de la prestación principal pues se extiende a la protección/indemnización de un interés de protección de la persona del otro contratante[15], interés distinto al de la prestación objeto directo e inmediato del contrato. Este interés de protección es de contenido autónomo respecto del interés de prestación, de modo que ambos operan con total independencia.

La obligación de seguridad ha sido un eficaz instrumento para extender el marco protector del contrato hasta límites insospechados por los contratantes al momento de prestar su propio consentimiento[16].

b) La estipulación en favor de terceros

La estipulación en favor de terceros está reconocida y regulada expresamente en casi todos los códigos decimonónicos[17] y ha servido de mecanismo para contractualizar la responsabilidad personal de los médicos y otros profesionales de la salud que trabajan o prestan sus servicios al interior de un hospital público o privado y que, en la práctica, no han celebrado contrato alguno con el paciente demandante.

Bajo esta perspectiva se entiende que el contrato entre el hospital/médico tratante y el agente sanitario causante directo del daño contiene una estipulación en favor de todo paciente

---

uno de los contratantes sufra un accidente (...) un enfermo muere durante la operación (...). En tales casos, la responsabilidad será contractual si el contrato, por expresa disposición de la ley , obliga a reparar el daño causado por el accidente como consecuencia de la obligación que impone al otro contratante de responder de los vicios de la cosa o de los riesgos de la actividad que desarrolla, o si el contrato, por voluntad de las partes, por disposición de la ley, por costumbre, crea una obligación de seguridad, es decir, de asegurar la integridad de la persona del otro contratante". El referido autor señala como ejemplos de contratos que llevan implícita esta obligación de seguridad los siguientes: a) el contrato de transporte de personas (daño al pasajero transportado); b) el contrato relativo al uso de los aparatos de las ferias de diversiones (daños al usuario); c) el contrato de hospedaje (daños al huésped o transeúnte) y d) el contrato de educación y enseñanza (daños causados al propio alumno).

[15]Cfr. Jordano Fraga, F., *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 31, sostiene que el interés de protección "consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de su cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte". Ejemplos de deberes de protección son el deber de custodia, el deber de aviso o comunicación, el deber de seguridad, etc.

[16]Históricamente, fue quizá en materia laboral donde surgió la doctrina de la obligación de seguridad impuesta al empleador respecto de la persona de su trabajador. En este sentido, el contrato de trabajo establecería una obligación de seguridad para el empleador respecto de la persona de su trabajador y, por tanto, el daño culpablemente causado a éste implica la infracción de este deber contractual y la responsabilidad del primero sería también contractual.

[17]Nuestro Código Civil establece y regula la estipulación en favor de terceros en el art. 1449 CC. La doctrina es unánime en señalar que esta institución hace una clara excepción al efecto relativo de los contratos, por cuanto, por un lado, crea un derecho en una persona que no ha consentido ni ha intervenido en el contrato —el beneficiario— y, por otra, priva a una de las partes contratantes —el estipulante— de acción para demandar el cumplimiento de lo contratado, derecho que sólo le asiste al beneficiario. En la estipulación en favor de tercero —también llamada la estipulación por otro o contrato en beneficio de terceros— intervienen tres partes: el estipulante, el promitente y el beneficiario. Estipulante (también llamado promisario porque recibe la promesa) es aquella parte del contrato que consiente o acepta que los derechos que de él derivan se radiquen en el patrimonio de un tercero

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que ingrese para ser atendido en el hospital de manera que la institución hospitalaria o el médico tratante/jefe del equipo médico —como acreedor de los servicios contratados con el respectivo agente sanitario- acepta que este crédito se radique en el patrimonio del paciente una vez que éste haya aceptado tal estipulación. Por otro lado, el agente sanitario -como contraparte del contrato de servicios y promitente de la promesa— se obliga para con el beneficiario —al cual no conoce ni ha contratado en forma alguna— a prestar sus servicios en forma segura y a indemnizarle por cualquier daño causado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación.

En este sentido Alessandri fue gran partidario de esta doctrina para fundamentar la responsabilidad civil de los médicos y profesionales de la salud que atienden a los pacientes en y a través de una clínica u hospital, sea éste público o privado. Al respecto señaló que "en cuanto a los enfermos, si bien no contrataron con el profesional ni lo eligieron libremente, son los beneficiarios de una estipulación a favor de otro, ya que de tal puede estimarse la celebrada entre el respectivo establecimiento o empresa y el profesional, desde que, en virtud de ella, éste se obligó a prestar sus servicios a terceros, y el hecho de que los enfermos concurran al establecimiento y reciban los cuidados y atenciones que el profesional presta, importa una aceptación de derecho creado en su favor"[18].

Además, nuestra jurisprudencia —siguiendo el criterio de Alessandri— ha sostenido que "en el caso de servicios prestados a través de organismos públicos o privados, como hospitales, asistencias, etc., la responsabilidad de dicho profesional respecto del que recibe el servicio tiene el carácter de contractual, pues ha existido una estipulación en favor de otro[19]".

Como se puede apreciar, esta doctrina sostiene que en el contrato que une al hospital y/o al médico tratante con el agente directo del daño —por ejemplo, un médico especialista, un anestesista, un radiólogo, una enfermera especializada, un laboratorio que suministra medicamentos o sangre, una arsenalera, etc.— existe una estipulación en favor del paciente en el cual el hospital y/o el médico tratante es el estipulante, el agente directo del daño es el promitente y la víctima el beneficiario de la estipulación.

De esta forma se asegura a la víctima —que no ha celebrado contrato alguno con el agente sanitario y causante material del daño— que pueda demandar la "responsabilidad contractual" del médico o agente directo del daño (promitente), pues se entiende aceptada por el beneficiario desde el momento que demanda la indemnización contractual[20].

c) La doctrina del simple apoderamiento o representación

Según esta doctrina el paciente que ingresa al hospital en búsqueda de una determinada atención sanitaria o bien, cuando se pone en manos de su médico tratante,

(el beneficiario); promitente es la otra parte del contrato que se obliga a cumplir una determinada prestación en favor de un tercero (beneficiario); y beneficiario es una persona ajena al contrato que, en su virtud, adquiere un derecho que sólo ella puede exigir. Una vez aceptada la estipulación por el beneficiario, éste pasa a ser acreedor de la prestación respecto del promitente y puede exigirle "contractualmente" el cumplimiento de la misma o la indemnización de los perjuicios respectivos. Cfr. Ramos Pazos, R., "De la estipulación en favor de otro", en *Revista de Derecho* N°193, año LXI, Facultad de Derecho, U. de Concepción, 1993. pp. 7 y ss.

[18] Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 77.

[19] Cfr. C. de Pedro Aguirre Cerda de 15 de abril de 1992, en *R.D.J.*, t. 89, secc. 1ª, p. 39, donde se declara que la responsabilidad profesional del dentista demandado es contractual, aun cuando preste sus servicios a través ex Sermena.

[20] Nuestra jurisprudencia ha señalado que el simple ejercicio de la acción en juicio constituye aceptación tácita (Cfr. *Gaceta de los Tribunales*, 1938, p. 486).

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los faculta o autoriza (apoderamiento tácito) para que, como simples apoderados del paciente, celebren contratos con otros profesionales de la salud y personal auxiliar, siempre que dichos contratos estén orientados a satisfacer las necesidades urgentes de su salud (paciente/representado). De esta forma el contrato de prestación de servicios médicos y el vínculo obligacional surgen directamente entre el paciente (representado) y el agente directo del daño (tercero).

De acuerdo con esta doctrina, el agente sanitario/causante directo del daño —por ejemplo, la enfermera jefe o el laboratorio del ejemplo— podría demandar directamente al paciente (representado) el pago del precio por sus servicios y, a su vez, este último podría reclamar en sede contractual los daños y perjuicios causados por el agente causante del daño, ya que entre ellos existía un contrato de servicios y su objeto no correspondió a las condiciones pactadas sino que fue defectuoso y causó daños al demandante.

d) La doctrina del cuasicontrato de agencia oficiosa

Otros han señalado que en estos supuestos —cuando entre el paciente y el agente directo del daño no existe contrato alguno pues el primero ha sido atendido al interior de un hospital— la víctima puede demandar la responsabilidad contractual del agente directo del daño porque entre ambos se celebró un contrato de prestación de servicios a través de la gestión oficiosa del hospital.

Dicho de otra forma, esta doctrina sostiene que entre el hospital y el paciente que ingresa al mismo se forma un cuasicontrato de agencia oficiosa en virtud de la cual el hospital se convierte en agente oficioso del segundo pues —gestionando sin representación los negocios del paciente— contrata con el agente directo del daño la prestación de ciertos y determinados servicios. En este sentido, el agente sanitario —como tercero contratado por el hospital/agente oficioso para atender al paciente o principal— podría demandar a éste el pago del precio por la prestación realizada y éste, a su vez, podría demandar la responsabilidad contractual del agente directo del daño.

3. Causas de la contractualización de la responsabilidad médica y hospitalaria

A nuestro juicio, esta marcada tendencia a contractualizar al máximo la responsabilidad civil médica y hospitalaria se ha debido a tres grandes causas:

a) En primer término, entender que en materia de responsabilidad civil el derecho común o general (régimen normativo de aplicación general) es el contenido en los arts. 1545 y ss. CC, es decir, sostener que la responsabilidad contractual es el régimen de aplicación general y la responsabilidad extracontractual sería excepcional, que operaría sólo frente a la completa y absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre el paciente y el agente directo del daño[21].

b) En segundo lugar, considerar que el régimen jurídico de la responsabilidad contractual es más favorable para la víctima que el régimen extracontractual, por cuanto el

[21] Cfr. Claro Solar, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado,* tomo XI, Editorial Jurídica de Chile (tomo V, de las obligaciones), Santiago, 1979, N°1067, pp. 521 y ss.; Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., pp. 54 y ss.; De la Maza Rivadeneira, L., "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 15, Facultad de Derecho, U. Católica de Chile, 1988, p. 23, nota 1 y p. 28.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

demandante no debería probar la culpa del demandado ya que ésta se presume *iuris tantum* (art. 1547 inc. 3º)[22].

c) Por último, respetar al máximo el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, quienes pueden determinar —previo al daño— de qué clase de culpa (grado de diligencia) y de qué clase de daños responde el deudor de la prestación. Si las partes han limitado la responsabilidad civil del deudor demandado —exigiendo a éste sólo el grado de diligencia mínima que señala la ley o limitando el monto de los daños a reparar— se debe respetar esta voluntad por sobre el derecho de la víctima a ser indemnizada.

Sin embargo, y según lo explicaremos a continuación, esta tendencia presenta serias disfunciones teóricas y múltiples problemas prácticos, lo que ha conducido a la jurisprudencia buscar soluciones que, al trascender los rígidos marcos de la dogmática contractual, tienden a proteger a las víctimas inocentes.

IV. LA DOCTRINA TRADICIONAL EN TORNO AL LLAMADO CUMULO U OPCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU EVOLUCION EN LOS CASOS DE NEGLIGENCIA MEDICO-HOSPITALARIA

Por regla general, el llamado cúmulo u opción de responsabilidad civil se produce toda vez que, durante la ejecución de un contrato o con ocasión de su cumplimiento, una de las partes contratantes causa un daño a la persona o propiedad de la otra. En este caso, ¿puede la víctima del daño prescindir del contrato y, por tanto, de la normativa contractual, y demandar la indemnización basado en las reglas de la responsabilidad extracontractual?

En Chile, el llamado "cúmulo u opción de responsabilidad" ha sido planteado de la siguiente manera: ¿puede el acreedor de una obligación contractual incumplida que le causa daño hacer caso omiso del contrato —y de la normativa establecida en los arts. 1547 y siguientes del Código Civil— y dirigir su acción indemnizatoria contra el otro contratante en base a la normativa extracontractual ex arts. 2314 y ss.?

1. Solución tradicional del llamado cúmulo u opción de responsabilidad civil

Nuestra doctrina tradicional ha negado la posibilidad del cúmulo u opción y ha sostenido que cuando la víctima demandante está unida al demandado por un vínculo jurídico previo y anterior al daño, no puede —al interponer la demanda— optar o elegir por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana (ex arts. 2314 y ss. CC), sino que debe necesariamente demandar la indemnización de perjuicios en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual (ex arts. 1545 y ss. CC).

[22]La regla del art. 1547 inc. 3° CC —conforme a la cual "la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"— no existe en el *Code* francés de 1804, lo que origina en Francia ciertas dificultades respecto de la prueba de la culpa en la responsabilidad contractual. A partir de la obra de Demoge *(Traité des Obligations)*, la doctrina y la jurisprudencia francesas distinguen entre las obligaciones de medio (de prudencia y diligencia) y las obligaciones de resultado. En las primeras, la prueba de la culpa del deudor (que éste faltó a la diligencia debida) corresponde al acreedor/demandante. En cambio, respecto de las segundas, se presume la culpa del deudor, bastando al acreedor probar el daño, es decir, que no obtuvo el resultado comprometido.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este sentido se ha seguido la tesis sustentada por Alessandri y defendida por los autores franceses de la época. Tradicionalmente en Francia se negó al demandante la posibilidad del cúmulo u opción y ello por diversas causas o motivos[23]. Asimismo, y siguiendo la doctrina francesa de su época, Alessandri negó expresamente la posibilidad que tendría el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal de elegir y acudir a la vía extracontractual (arts. 2314 y ss. CC) para reclamar la indemnización debida porque "la infracción de una obligación da origen únicamente a la responsabilidad contractual: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil[24].

Por otra parte, el referido autor —citando a los hermanos Mazeaud, Aubry et Rau, Savatier y Lalou— sólo autorizó el cúmulo u opción en dos casos muy particulares: a) cuando así lo han estipulado las partes y b) cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal, como en el caso del cuasidelito de negligencia culpable en el ejercicio de una determinada profesión[25]. En este sentido, la responsabilidad civil nacida del delito penal sería indistintamente contractual y extracontractual.

Sin embargo, según Alessandri Rodríguez[26], en estos casos de excepción la víctima deberá optar por una de las dos clases de responsabilidad pues no puede demandar ambas conjuntamente. Podría demandarlas en un mismo proceso (acumulación de acciones) pero una en subsidio de la otra puesto que son incompatibles entre sí, tanto porque se rigen por reglas diversas, cuanto porque si la víctima opta por la responsabilidad contractual, se asila en el contrato y si opta por la responsabilidad extracontractual, prescinde completamente del mismo. Y según el distinguido civilista "no es jurídicamente aceptable que, al mismo tiempo que se invoca un contrato como fuente de la acción demandada, se haga abstracción de ese mismo contrato"[27].

En pocas palabras, esta doctrina señala que el acreedor de una obligación con-

[23] La jurisprudencia francesa ha negado la opción extracontractual ejercitada por el contratante perjudicado —que intenta salvar u obviar la estricta aplicación del régimen contractual— en materias tan importantes como el grado de culpa de la que responde el deudor, la eficacia de las cláusulas convencionales restrictivas o exonerativas de responsabilidad, las cláusulas penales, las cláusulas compromisorias o de arbitraje pactado, el plazo de prescripción extintiva, la carga de la prueba de la culpa y la jurisdicción competente. Cfr. Viney, G., ob. cit., pp. 263-265.

[24] Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 84. Además, el destacado civilista, *ibidem*, señaló que "cuando las partes, o la ley supliendo o interpretando la voluntad de aquéllas, han determinado la culpa de que responderá el deudor, lo han eximido de responsabilidad o han limitado ésta en tal o cual forma, esa voluntad es ley (art. 1545). Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil, sería destruir la fuerza obligatoria de la convención y negar toda eficacia a las cláusulas de exención o de limitación de responsabilidad expresamente autorizadas por la ley (arts. 1547 inc. final y 1558, inc. final), pues podría darse el caso de que se responsabilice al deudor no obstante estar exento de responsabilidad o por haber omitido una diligencia o cuidado a que el contrato o la ley no lo obligaba".

[25] En relación con nuestro ordenamiento jurídico, basta recordar lo señalado en el tomo X del Código Penal (De los Cuasidelitos) y, especialmente, lo indicado en el art. 490 CP ("El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas, será penado...") y en el art. 491 CP ("El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente, en las penas del artículo anterior").

[26] Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 89.

[27] Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 89.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tractual, cuasicontractual o legal no puede hacer caso omiso del vínculo jurídico previo existente con el demandado y desentenderse de la normativa contractual para demandar la reparación de los daños causados con ocasión de la ejecución o cumplimiento del contrato en base a la normativa extracontractual. Si existe un vínculo jurídico previo entre demandante y demandado —de origen contractual, cuasicontractual o legal— el juez está obligado a aplicar la normativa contractual.

En este sentido, si se logra probar que el paciente demandante estaba unido al hospital demandado o al médico tratante por un vínculo jurídico previo al daño —por ejemplo, a través del llamado contrato de hospitalización y/o de asistencia médica—, no podría demandar la responsabilidad extracontractual del mismo pues estaría haciendo caso omiso del contrato y, con ello, faltando a la obligatoriedad de todo contrato legalmente celebrado que es ley para las partes contratantes.

2. *Dificultades para defender la tesis que niega toda opción extracontractual y los problemas que ella suscita*

Es una realidad innegable que los daños causados al paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente las características propias de una infracción contractual (al contrato de hospitalización y/o de asistencia sanitaria) 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). En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (arts. 1547 y ss. CC) y de la extracontractual (arts. 2314 y ss. CC).

De esta forma, surge con toda su fuerza el mal denominado cúmulo u opción de responsabilidades[28], pues un mismo hecho —daño causado al paciente con ocasión de la ejecución de un previo contrato entre demandante y demandado— constituye al mismo tiempo y simultáneamente, un incumplimiento al contrato y un acto ilícito por cuanto, haciendo abstracción del contrato, el hecho negligente que causó el daño igualmente se hubiese producido[29].

Por ello la aplicación estricta e indiscriminada de la doctrina del *non cumul* (negativa de la opción) a los daños causados al paciente con ocasión de la actividad médica y hospitalaria no tiene hoy una clara justificación toda vez que hoy —en este preciso campo— se hace muy

[28] Este problema ha sido mejor denominado por la doctrina extranjera como la "concurrencia de responsabilidades" o la "concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la contractual".

[29] Según García Valdecasas, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, p. 833, sostiene que "existe responsabilidad extracontractual concurrente con la contractual cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito (delito o cuasidelito), abstracción hecha de la obligación contractual, es decir, aunque ésta no hubiera existido nunca". En este sentido, agregan Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., ob. cit., p. 6, "que la abstracción de la relación contractual debe realizarse en términos hipotéticos o ideales; es decir que debe obviarse cualquier dificultad que se encuentre a la hora de imaginar el contacto entre el agente y la víctima sin que medie entre ellos una relación contractual. No debe, por ello, descartarse la concurrencia de responsabilidades, a modo de ejemplo, por el hecho de que la realización por un médico de una operación de cirugía estética sea difícilmente imaginable sin la existencia de un convenio previo de voluntades. (...) Para que se produzca una concurrencia de responsabilidades será necesario que entre el causante del daño y la víctima medie una relación obligacional —requisito *sine qua non* para que pueda originarse responsabilidad contractual— y, por otra parte, que, eliminada hipotéticamente la relación obligacional que une a los sujetos implicados, los solos hechos ocurridos sean suficientes para originar responsabilidad extracontractual".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

difícil definir y determinar con precisión los límites entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del hospital y/o de los médicos que trabajan en el mismo o prestan sus servicios sirviéndose de sus instalaciones y de su personal auxiliar.

En efecto, cuando se causa daño a la vida, a la integridad física o a la salud del paciente, no es fácil determinar con claridad si la obligación infringida por el demandado es contractual o simplemente se trata de la infracción de un deber general de no causar daño a otro *(nemen laedere)*. En todos estos casos no es fácil determinar con certeza —y, generalmente *a posteriori* de los hechos— la existencia de ciertas y determinadas obligaciones contractuales claramente incumplidas por el demandado pues los deberes de cuidado que asume el profesional de la salud o el respectivo hospital suelen ser indeterminados o, al menos, de muy difícil determinación y esto por varios motivos:

a) En primer término, porque los contratos de asistencia médico-sanitaria —incluso los celebrados con hospitales y clínicas privadas— suelen ser contratos consensuales e innominados (atípicos), cuyas cláusulas, derechos y obligaciones no están claramente establecidos por las partes, ni menos por escrito, siendo forzado y muchas veces ficticio querer atribuirle el carácter de única fuente de todos los deberes de conducta que debe asumir el hospital y/o el profesional demandado;

b) Por otro lado —y sobre todo cuando se trata de casos donde se ejerce la llamada medicina curativa o terapéutica— el paciente ingresa muchas veces al hospital a través de la sala de urgencias y en un estado de total inconsciencia. Por tanto, ni él ni sus parientes o representantes prestan su consentimiento para la operación o el tratamiento médico negligente;

c) Además, y aun cuando se entienda que el paciente —o sus parientes o representantes— han contratado con el hospital y/o con el médico tratante la respectiva intervención quirúrgica, la práctica demuestra que la institución asistencial o el jefe del equipo médico acuden —sin consentimiento del paciente— a la colaboración de un conjunto de otros profesionales respecto de los cuales este último no ha contratado (por ejemplo, anestesistas, arsenaleras, ayudantes de pabellón, enfermeras universitarias, radiólogos, etc.). Entender que en estos casos opera la estipulación en favor de terceros o el simple apoderamiento constituye una ficción inaceptable. También es dable suponer que dicho médico jefe del equipo —sin contar con el consentimiento del paciente o de sus representantes— recurra a instrumentos quirúrgicos (v.gr. pinzas, bisturí, etc.) o materiales defectuosos (v.gr. suero, sangre, drogas, analgésicos, radiografías, etc.) facilitados por el hospital o por terceros respecto de los cuales la víctima no ha contratado.

Por último, la aplicación irrestricta de la doctrina que niega al demandante la posibilidad de optar por la vía aquiliana —exigiéndole perseguir la responsabilidad del demandado sólo por la vía contractual—, crea varios inconvenientes para la víctima:

a) En primer término, el paciente puede ver seriamente limitado el monto de su indemnización por cuanto —en principio— sólo podrá demandar los perjuicios directos y previstos, no pudiendo reclamar la reparación de los imprevistos, salvo que haya dolo o culpa grave (art. 1558 CC);

b) En segundo lugar, el paciente/víctima no podrá demandar ni obtener la reparación del daño moral ya que, por regla general, el daño moral no se indemniza en materia contractual[30]. Esta cuestión puede llegar a ser muy relevante respecto de los daños corporales y a la salud física y síquica de las personas pues el daño moral suele ser una partida importante en la indemnización demandada.

[30] Nuestra doctrina tradicional ha negado la posibilidad de exigir y obtener la reparación del daño

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

c) En tercer lugar, si se exige la vía contractual, el actor no podrá gozar ni aprovecharse de la presunción de solidaridad pasiva establecida en el art. 2317 CC, ya que en materia contractual las obligaciones son mancomunadas y la solidaridad necesita de texto expreso. Este aspecto no deja de tener importancia en estos casos toda vez que la medicina ejercida colectivamente al interior de un hospital hace intervenir a varias personas en la causación del daño.

d) Además, en estos supuestos, la víctima podría verse expuesta a la aplicación de cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad civil médica, pactadas o impuestas por el hospital o por el médico tratante, que podrían eximir al demandado de la culpa leve y de la levísima o establecer que éste responde sólo de ciertos y determinados daños.

e) Asimismo, la tendencia a contractualizar al máximo la responsabilidad médica y hospitalaria lleva, mucha veces, a un interpretación extensiva de ciertas instituciones tradicionales en el derecho privado (por ejemplo, el contrato, la representación, el mandato, la agencia oficiosa, la estipulación en favor de terceros, etc.), lo que, deformando su sentido original, las despoja, en definitiva, de todo contenido al extender en demasía sus límites naturales[31].

f) Por último, esta contractualización de la responsabilidad médica y hospitalaria se enfrenta también con un problema de orden normativo. En muchos ordenamientos como el nuestro —y a diferencia de otros (por ejemplo, el parágrafo 271 BGB)—, no existe una norma que establezca expresamente la responsabilidad contractual del deudor por el hecho ajeno (responsabilidad contractual por el hecho de sus auxiliares), sino que sólo se contemplan disposiciones que establecen una responsabilidad extracontractual por el hecho de los dependientes. En este sentido, es difícil para el intérprete encontrar un fundamento normativo a la pretendida responsabilidad contractual del hospital por el hecho de terceros auxiliares o dependientes, pues el intérprete sólo dispone de una norma específica: la responsabilidad del empresario por el daño causado por su dependiente.

3. Evolución en la doctrina y en la jurisprudencia extranjera

Por los motivos señalados anteriormente, la moderna doctrina comparada ha mostrado cierto descontento hacia las negativas consecuencias de la aplicación estricta de la regla del *non cumul*, pues ella —al existir una gran dificultad para precisar los estrechos

moral en caso de infracción o incumplimiento de un contrato. Cfr. Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 48; Gatica Pacheco, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, pp. 114 y ss.: Abeliuk, R., *Las obligaciones*, 3a edición, Editorial Ediar, Santiago, 1993, N° 892. Para un acertado y actual analisis del *statu quo* en que se encuentra el daño moral en la responsabilidad contractual puede verse Domínguez Aguila, R., "Comentario de Jurisprudencia (a la sentencia de la C. de Santiago de 8 de septiembre de 1992)", en *Revista de Derecho* N° 193, año LXI, U. de Concepción, Concepción, 1993, pp.159 y ss.

[31] Claro ejemplo de esta extensión indebida del concepto de contrato se puede apreciar hoy en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas. Así por ejemplo, y frente a los problemas y disfunciones que ha suscitado en la práctica el parágrafo 831 BGB (responsabilidad extracontractual del empresario por el hecho del dependiente), es notable apreciar cómo la jurisprudencia germana ha procedido a la contractualización de la responsabilidad médica y hospitalaria mediante la aplicación del parágrafo 278 del BGB alemán, el que establece claramente una responsabilidad directa y objetiva del deudor por el hecho de sus auxiliares. La doctrina y la jurisprudencia alemanas intentan buscar en la relación obligacional —de origen contractual— surgida entre el hospital y el paciente, el fundamento de todos los deberes de cuidado y, por tanto, de las indemnizaciones que procedan. Para estudiar con más detalle este desarrollo doctrinal y jurisprudencial ver Zelaya Etchegaray, P., "La responsabilidad civil del empresario por los daños causados

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

límites de ambas clases de responsabilidad civil (determinar si la obligación infringida es o no contractual)— hace aumentar la litigiosidad, conduce a soluciones a menudo arbitrarias e injustas y hace que las partes pierdan tiempo y dinero[32].

Incluso la jurisprudencia francesa contemporánea ha ido aceptando el cúmulo u opción de responsabilidades —en su versión restringida, es decir, como simple cúmulo de elección— en los casos de responsabilidad civil médica. De esta forma, existen casos jurisprudenciales en los cuales, no obstante existir un previo contrato entre las partes, los tribunales franceses han permitido al demandante elegir la vía extracontractual y obviar, de esta forma, los inconvenientes de la normativa contractual[33].

La doctrina extranjera acepta hoy en forma casi unánime que —en muchos casos prácticos y, concretamente, en los supuestos de responsabilidad médica y hospitalaria— existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, 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 es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada.

---

por su dependiente en el Código Civil alemán", en *Revista de Ciencias Sociales* N° 40, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U. de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 1995, pp. 109-162, en especial, punto 4.4 ("la extensión del 'paraguas protector del contrato'").

[32] Cfr. Viney, G., ob. cit., p. 278, sostiene que "la exageración de las diferencias entre los dos regímenes de responsabilidad, junto a la imprecisión de las nociones que para delimitar sus respectivos dominios de aplicación (especialmente la dificultad de determinar si tal situación es o no "contractual", es decir, si la obligación infringida es o no "nacida de contrato", etc.), favorecen la litigiosidad y conducen a soluciones a menudo arbitrarias e incluso, a veces, francamente ilógicas y hasta no equitativas". En España, la doctrina y la jurisprudencia son contestes en señalar que en los casos de responsabilidad médica y hospitalaria concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual y, por tanto, aceptan la doctrina de la opción. Cfr. Cavanillas Mugica, S. y Tapia Fernández, I., ob. cit., pp. 127 y 128, con cita de abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo español. Así por ejemplo, la STS (1ª) de 7 de febrero de 1990, señala que "en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación genérica de no causar daño a otro *(alterum non laedere)*, dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por regla general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen".

[33] Estos casos se pueden agrupar en los siguientes supuestos: a) Daños causados dolosamente por una de las partes del contrato; b) Daños derivados de un delito penal (la jurisprudencia penal califica de extracontractuales pese a producirse en el seno de una relación obligacional); c) Daños causados a los familiares cercanos del pasajero en un accidente del tránsito; d) acción de repetición del contratista de obra contra el subcontratista, por lo que el primero se vio obligado a pagar a un tercero en razón de los daños causados por el subcontratista o sus empleados (se ha permitido obtener esta repetición más allá de los plazos de prescripción o de garantía contractual); e) *daños causados al paciente durante una intervención médica*. Para eliminar estas disfunciones de la regla del *non cumul*, la doctrina francesa actualmente propone: a) revisar todas las diferencias técnicas entre ambos regímenes normativos e intentar disminuir al máximo las diferencias importantes entre ambos regímenes jurídicos; b) definir un nuevo trazado o límite entre ambas responsabilidades, restringiendo la responsabilidad contractual a los casos de incumplimiento de las precisas obligaciones creadas o reguladas en el contrato con exclusión de las llamadas "obligaciones de garantía o seguridad"; c) tener presente que esta *summa divisio* de la responsabilidad civil —responsabilidad contractual y extracontractual— va perdiendo su fuerza y nitidez, sobre todo a través de la más moderna producción legislativa en torno a daños provocados en el transporte internacional de mercadería, accidentes de automóvil, responsabilidad por productos y servicios defectuosos, pues en estos casos la ley ha creado supuestos "neutros" que atienden más bien a la actividad desarrollada por la empresa y no tanto a la posible existencia entre la empresa demandada y la víctima de un contrato o vínculo jurídico previo al daño. Cfr. Viney, G., ob. cit., pp. 270 y ss.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción para elegir la vía extracontractual aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño.

Nuestra jurisprudencia parece hoy inclinarse hacia esta solución de avanzada. Así, por ejemplo, tratándose de la responsabilidad de una clínica privada, la Corte de Santiago ha señalado que "no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido de que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por existir entre ellos, en su concepto, una relacion contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda"[34].

Además, en todos aquellos países donde se han dictado leyes especiales que establecen una responsabilidad estricta, sin culpa o por riesgo de las empresas productoras de bienes y servicios, disminuye la necesidad de establecer deberes de conducta incumplidos o violados por el demandado. Dicho en otros términos, cuando la obligación de reparar no se basa sólo en la culpa —como omisión de un deber de conducta— sino también en el riesgo creado, la imputación de responsabilidad civil no pasa por la necesidad de establecer obligaciones incumplidas por el demandado en relación con el demandante sino en determinar si dicho daño —como accidente estadísticamente inevitable— es la concreción de un riesgo típico a la actividad desarrollada por el demandado en el mediano y largo plazo. En los sistemas de responsabilidad estricta, la posible existencia de un vínculo contractual u obligacional previo al daño entre demandante y demandado sólo puede ayudar a extender los riesgos que se entienden ser inherentes a la actividad de este último.

Por último, la posibilidad de recurrir a la vía extracontractual no debiera constituir un problema en la práctica —aunque se acredite la existencia de un contrato entre las partes previo al daño— toda vez que los actos negligentes con daños a las personas constituyen, en casi todos los ordenamientos penales del mundo, un cuasidelito penal, lo que daría lugar a una responsabilidad civil derivada de un delito penal y, en consecuencia, autorizaría a prescindir del contrato respecto del agente directo del daño, pudiendo recurrir a la acción aquiliana. El problema quedaría circunscrito al hospital pues a su respecto, y como persona jurídica, no existen figuras penales.

V. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS HOSPITALES Y CLINICAS

De lo señalado en los capítulos anteriores se desprende que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada se han percatado que las soluciones propuestas por la doctrina tradicional —aquella que intenta contractualizar al máximo la responsabilidad médico-hospitalaria y que niega la opción extracontractual— son bastante dogmáticas,

[34] Cfr. C. de Santiago de 28 de enero de 1993 (en especial el considerando N° 9), en *Gaceta Jurídica* N° 151 (enero), 1993, p. 58, en la cual se acepta la responsabilidad extracontractual de una clínica privada por la negligencia de una enfermera y se condena a la clínica a pagar una indemnización en base a los arts. 2320 y 2322 CC. También cfr. C. de Santiago de 3 de enero de 1997, en *Gaceta Jurídica* N° 199 (enero), 1997, p. 89, en la cual la Corte acoge la demanda por responsabilidad extracontractual interpuesta contra una clínica privada por los daños causados al hijo del actor, mientras éste estuvo hospitalizado en dicho centro y lo condena a pagar una indemnización fundada en los arts. 2314, 2320 y 2322 del Código Civil.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

artificiales y no obedecen a la realidad de las cosas, pues el incumplimiento del contrato de asistencia sanitaria y/o de hospitalización no es siempre el único fundamento de la responsabilidad civil que puede surgir por los daños causados con ocasión de la moderna prestación médico-asistencial .

Fuera del contrato existen deberes de conducta cuyo incumplimiento puede dar origen a la responsabilidad extracontractual. Así también hoy existen razones para estimar que un sujeto debe indemnizar el perjuicio causado a otro aunque no existe dolo o culpa de su parte. En efecto, con el surgimiento de la responsabilidad estricta o sin culpa, los deberes de cuidado o la conducta debida por el demandado —cuya omisión o transgresión dan origen al dolo o culpa tradicional— han dejado de ser el único criterio para atribuir a éste el deber de reparar el perjuicio causado.

Por ello, el moderno Derecho de daños ha preferido enfrentar el tema en estudio —daños causados al interior de un hospital— desde una óptica casi exclusivamente extracontractual, como una manifestación más de la responsabilidad civil de la empresa.

En este sentido debemos destacar que la moderna responsabilidad extracontractual establece mecanismos más que suficientes para enfrentar el problema y resolverlo con bastante justicia material, sin tener que recurrir a interpretaciones extensas y bizantinas de la normativa contractual vigente en los códigos decimonónicos.

En estricta teoría, la responsabilidad extracontractual de los hospitales puede encontrar tres posibles fundamentos:

1. *Responsabilidad por culpa* in eligendo vel vigilando

Este esquema de solución —consagrado y recogido por nuestro Código Civil— postula que el hospital o la clínica demandada sólo será civilmente responsable si se logra acreditar en el proceso que la respectiva institución sanitaria ha incurrido en culpa o negligencia al elegir, seleccionar, vigilar, supervisar, controlar o dirigir a sus empleados o a la maquinaria e instrumental técnico utilizado en las prestaciones médicas ofrecidas al público.

Esta doctrina sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de los hospitales no es más que una manifestación de la clásica doctrina de la culpa[35]. De esta forma el hospital demandado debe responder y pagar la indemnización porque es culpable del daño causado y merece, por tanto, una pena por la falta cometida.

En breve síntesis, esta forma de concebir, fundar y estructurar la responsabilidad civil de los hospitales se caracteriza, en estricta teoría, por los siguientes aspectos:

a) La responsabilidad civil del hospital es directa y no subsidiaria pues la víctima puede demandar directamente al hospital sin necesidad de demandar primero, o conjuntamente al menos, al médico o personal dependiente que material y directamente causó el daño. De esta forma, la responsabilidad del hospital y la del médico o personal dependiente son autónomas e indèpendientes entre sí, sin que la culpa y/o responsabilidad

[35]Para un análisis más detallado de la denominada *Master fault theory* puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 90, N°3, I,1993, pp. 119 y ss. y, más ampliamente, en *idem, La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1995, pp. 34-75.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del dependiente sea considerada como condición *sine qua non* para perseguir la responsabilidad del hospital.

b) La víctima no necesita probar culpa alguna en el médico/personal dependiente del hospital que causó el daño respectivo, pues basta probar que el hospital demandado incurrió en culpa al elegir o vigilar a sus dependientes. En relación con la prueba de la culpa del centro asistencial, ella puede o no presumirse *iuris tantum*, dependiendo si se demanda la responsabilidad por el hecho propio o bien por el hecho ajeno. En nuestro Código Civil ella se presume *iuris tantum*.

c) El hospital demandado puede siempre eximirse de la responsabilidad que se le demanda probando que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho (prueba liberatoria de los arts. 2314 y 2320 inc. final CC).

d) El hospital condenado por sentencia firme o ejecutoriada —y que ha pagado íntegramente la indemnización a la víctima— no podrá repetir contra su dependiente por el total de lo pagado pues, en el fondo, paga una deuda propia.

Sólo podrá repetir contra el agente sanitario que causó el daño si prueba culpa en éste y por el monto que proporcionalmente le corresponde por dicha culpa.

Sin embargo —y desde un punto de vista práctico— esta doctrina ofrece serias dificultades para la víctima y ello por los siguientes motivos:

a) Siempre será fácil para el hospital demandado —y para sus abogados— acreditar que la institucion hospitalaria eligió bien a sus médicos y/o a su personal sanitario, de forma que no habría culpa *in eligendo* que imputarle. En efecto, al tratarse de funciones técnicamente complejas y altamente especializadas —que generalmente requieren de un título profesional para su legítimo ejercicio—, es muy común que el hospital o la clínica exijan a las personas que desean prestar sus servicios en ella una serie de antecedentes que acrediten las cualidades personales y técnicas del caso. De esta forma será muy fácil al hospital acreditar que no existió culpa *in eligendo*.

b) Respecto de una eventual culpa *in vigilando* —negligencia del hospital en la vigilancia, control y dirección del personal sanitario— es evidente que, en la práctica, ella no puede configurar el real fundamento de la responsabilidad civil del hospital pues éste —directamente o a través de su personal directivo— no tiene posibilidad alguna para dirigir y controlar la forma cómo los médicos ejercen su profesión, ciencia o arte, pues carecen de los conocimientos y del tiempo necesarios para ello[56]. Querer imputar hoy al hospital una culpa *in vigilando* por los daños causados por su personal sanitario no deja de ser una ficción y un tributo póstumo a la doctrina clásica de la culpa.

[56]En el *common law* inglés la responsabilidad civil de los hospitales por la culpa de sus profesionales dependientes fue, durante mucho tiempo, incierta por cuanto existía una postura jurisprudencial restrictiva que tuvo su origen en el famoso fallo Hilger v. Bartholomew's Hospital (1909). Esta decisión judicial —que constituyó durante mucho tiempo un claro precedente— estableció que un hospital no era civilmente responsable por la negligencia de sus profesionales dependientes en materias o actividades que significaban un cuidado o destreza puramente técnico-profesional. El hospital sólo podía ser civilmente responsable de los daños causados por sus profesionales y personal administrativo en el ejercicio de actividades o funciones puramente organizacionales o administrativas pero no técnico-profesionales pues, respecto de estas últimas, no existía —ni podía existir— un control, dirección o vigilancia por parte de la institución hospitalaria. El profesional de la medicina —en el ejercicio de su ciencia o arte (*lex artis*)— era un trabajador independiente que no podía ni debía recibir órdenes o instrucciones por parte de su empleador o principal, cit. por Zepos, P. J. and Christodoulou, P., "Professional Liability", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, chapter 6, vol. XI (Torts), Tübingen, 1970, p. 37.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

c)Asimismo, intentar imputar culpa genérica o indeterminada a una institución hospitalaria, que goza muchas veces de personalidad jurídica propia, se muestra muy poco ajustado a la realidad ya que, en la práctica, no es el hospital el que actúa directamente o presta los servicios sanitarios a los pacientes/víctimas sino que lo hace necesariamente a través de su personal médico y paramédico. Como la culpa o negligencia —en su visión tradicional— es siempre un elemento o circunstancia personal —predicable sólo del ser humano—, es altamente ficticio intentar imputar culpa a un ente abstracto que goza de personalidad jurídica por mera creación del derecho. En este sentido, quienes sí pueden incurrir en falta, error, culpa o negligencia son los médicos y demás personal que trabaja en y para el hospital. De esta forma, cada vez que existe un daño culpable, no es la persona jurídica la que ha incurrido en culpa sino un sujeto de carne y hueso.

Por todas estas razones la doctrina tradicional de la culpa *in eligendo vel vigilando* no se adapta a la moderna organización y funcionamiento de los hospitales y, con ello, no sirve como real fundamento a la responsabilidad civil de los mismos. De esta forma, la culpa *in eligendo vel vigilando* no da respuesta a múltiples problemas que se suscitan para las víctimas como consecuencia de daños ocurridos al interior del moderno hospital.

2. Responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta

Este sistema de concebir la responsabilidad civil del centro asistencial se caracteriza esencialmente porque el hospital es objetivamente responsable de los daños que con dolo o culpa causan sus médicos y personal dependiente en el cumplimiento o con ocasión del ejercicio de sus funciones[37].

La doctrina de los autores en los países que recogen este sistema es unánime en señalar que la responsabilidad civil del hospital es una aplicación particular de la responsabilidad vicaria del principal o empresario. Sobre el fundamento de esta responsabilidad estricta o sin culpa del principal se ha discutido mucho y no existe consenso sobre el particular[38].

El esquema de la responsabilidad vicaria del hospital establece que, una vez acreditada la culpa *in operando* del médico o del personal dependiente que causó el daño al paciente (agente directo del daño), el hospital demandado no puede eximirse de la responsabilidad que se le atribuye alegando haber empleado la máxima diligencia en la elección, vigilancia, control y dirección de dicho personal sanitario (causante material del daño). En este esquema de solución el hospital es un verdadero garante de las culpas cometidas

[37]Han recogido esta especial forma de estructurar la responsabilidad civil de la empresa de servicios sanitarios todos los países regidos por el sistema del *Common Law*. También lo recogen el art. 1385.5° CC francés; art. 2040 CC italiano; art. 500 CC portugués; art. 922 CC griego; art. 1191 CC de Venezuela; art. 1113.1° CC de Argentina; arts. 1663 t 1664 CC de Guatemala y el art. 1981 CC del Perú. En el esquema de responsabilidad vicaria, el hospital demandado no responde por el incumplimiento de un determinado deber de conducta existente para con la víctima (ni siquiera el *nemen laedere*, como principio general de conducta que no causa daño a otros) sino simplemente como garante patrimonial del incumplimiento del deber de cuidado que el médico o personal dependiente tenía para con el paciente (culpa o negligencia). De esta manera, este esquema de concebir la responsabilidad civil del hospital se distingue de aquella otra que se produce en materia contractual cuando la conducta culpable del auxiliar conlleva que el deudor principal incumpla su obligación o deber de conducta típica definida en el contrato incumplido.

[38]Para un detallado análisis del origen y fundamento de la responsabilidad vicaria, ver Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil*..., Aranzadi, Pamplona (España), 1995, pp. 80-107.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por su personal dependiente y debe responder frente a la víctima a la medida de un fiador solidario.

Por tanto, esta forma de concebir y estructurar la responsabilidad civil del hospital se caracteriza esencialmente por los siguientes cuatro elementos:

a) Para establecer la responsabilidad vicaria del hospital la víctima sólo debe probar los siguientes cuatro elementos: el daño, la culpa *in operando* del médico o del respectivo personal sanitario, la relación de causalidad entre esta culpa y aquel daño y la relación o vínculo de dependencia que une al agente directo del daño con el hospital demandado[39]. Una vez acreditada la responsabilidad civil personal del médico o personal sanitario que causó el daño y el vínculo de dependencia, aquélla se "propaga" hacia el hospital respectivo, el que responde objetivamente como garante de las culpas de sus empleados o dependientes.

b) Por otro lado no es necesario que la víctima acredite culpa alguna en el hospital demandado ni éste puede eximirse de la responsabilidad que se le demanda probando haber empleado toda la diligencia y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe para evitar el daño. Su responsabilidad es estricta o sin culpa pues no se le concede la llamada prueba liberatoria. Su responsabilidad es en garantía de las culpas de su personal sanitario (dependientes o empleados).

c) Bajo esta perspectiva, la regla general es que la responsabilidad civil del centro asistencial sea directa y no subsidiaria, de manera que la víctima no necesita demandar previa o, al menos, conjuntamente, al empleado que con dolo o culpa causó el daño respectivo.

d) El hospital que paga la indemnización a la víctima tendría derecho a repetir por el total de lo pagado contra el médico o personal sanitario que con dolo o culpa causó el daño respectivo ya que, en estricto derecho, estaría pagando una deuda ajena (al modo como el fiador paga la obligación del deudor principal).

En la práctica jurisprudencial comparada —sobre todo en la práctica anglo-americana—, el único problema que suscita la doctrina de la responsabilidad vicaria de los hospitales es la forma como se determina qué médicos forman parte del personal del hospital demandado —y, por tanto, lo hacen civilmente responsable frente a la víctima— y cuáles son contratantes independientes, es decir, profesionales de la medicina que no tienen subordinación o dependencia con el hospital y, por tanto, sus actos no hacen a éste civilmente responsable frente a terceros/víctimas. En otras palabras, el único problema que se discute hoy en el *common law* es la mayor o menor extensión del llamado "vínculo de subordinación y dependencia".

El antiguo *common law* sostuvo que los hospitales no eran civilmente responsables por los daños culpablemente causados por sus profesionales o por el personal altamente calificado sino sólo por los daños causados por su personal administrativo. En este sentido, los profesionales de la salud que trabajaban en o para un hospital no podían ser considerados dependientes de este último pues, a su respecto, el hospital —a través de sus propias autoridades— no podía ejercer ninguna forma de dirección o control sobre la actividad médica propiamente tal (ésta obedecía sólo a la *lex artis* de la ciencia médica)[40].

[39]En general, respecto de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas no es necesario acreditar el otro requisito —y, quizá, el más difícil de precisar— para que proceda la responsabilidad vicaria, a saber, que el daño haya sido causado por el dependiente en el ejercicio o con ocasión de las funciones *(scope of employment)*.

[40]Cfr. Hillyer v. Governors of Dt Bartholemews Hospital, 2 K.B. 820 (1909), donde una agrupación de

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Bajo esta perspectiva —hoy abandonada—, el hospital sólo se obligaba a proporcionar a los médicos un establecimiento y el instrumental adecuado para que los primeros pudieran ejercer su profesión y, por ello, no podía hacerse responsable de la actividad médica propiamente tal (el hospital no se obligaba a prestar atención sanitaria sino sólo el establecimiento, personal auxiliar y el instrumental adecuado). El hospital sólo era civilmente responsable por la actividad culpable de su personal administrativo o no profesional[41]. En definitiva, se trataba de faltas o negligencias en la prestación de servicios puramente administrativos, paramédicos o asistenciales.

Sin embargo, desde 1957, con el famoso caso *Bing v. Thunig*[42], la jurisprudencia norteamericana eliminó la vieja distinción entre actos puramente administrativos y los actos médicos propiamente tales. De esta forma, el hospital norteamericano es hoy civilmente responsable no sólo de los daños causados por sus empleados en el ejercicio o cumplimiento de labores paramédicas o puramente administrativas— sino también por los actos médicos llevados a cabo por los profesionales sanitarios altamente calificados en el ejercicio de sus funciones, aunque aquél no tenga forma de controlar, dirigir, vigilar y encauzar la actividad médica propiamente tal.

Por otro lado, y respecto de los médicos contratados a honorarios que no son empleados del hospital, el *common law* sostuvo por décadas que éste no podía ser considerado civilmente responsable por el tratamiento negligente realizado por este médico a honorarios, pues se entendía que era un contratante independiente que actuaba por su cuenta y riesgo, sin comprometer la responsabilidad del hospital[43].

Como excepción a la no responsabilidad del hospital por los hechos de un contratante independiente, el actual derecho inglés utiliza el concepto de responsabilidad directa del hospital. En su virtud se establece una responsabilidad estricta del hospital por

enfermeras se exoneró de toda responsabilidad civil alegando que ella —como institución— sólo se había obligado a suministrar enfermeras competentes pero no a prestar el servicio de enfermería al paciente y, por tanto, no podía ser vicariamente responsable por culpas cometidas por estas profesionales.

[41]Así por ejemplo, el hospital podía ser civilmente responsable por la negligente atención de las enfermeras en las salas comunes; por no cumplir los empleados paramédicos las instrucciones dadas por el médico tratante en relación con los exámenes postoperatorios (tomar la temperatura o la presión, suministrar analgésicos o el suero, etc.); por la falta de ayuda médica en casos de emergencia; por el suministro de alimento en mal estado de conservación o en dosis distintas a la prescrita; por no vigilar la temperatura adecuada en las piezas o en el quirófano; por el negligente traslado del paciente por los pasillos del hospital, etc., cit. por Fleming, J.G., *The law of torts*, 7ª edition, The Law Book Company Limited, Sydney, 1987, p. 346.

[42]Cfr. 2 N.Y. 2d.656, 143, N.E. 2d 3, 163, N.Y.S. 2d 3 (1957) cit. por Southwick, A. F., ob. cit., p. 242, note 14. En ella, la Corte de Apelaciones de Nueva York sostuvo que "the conception that the hospital does not undertake to treat the patient, does not undertake to act through its doctor and nurses, but undertakes instead simly to procure them to act upon their own responsability, no longer reflect the fact. Present day hospitals, as their manner of operation plainly demonstrates, do far more than furnish facilities for treatment. They regularly employ on a salar y basis a large staff of physicians, nurses and internes, as well as administrative and manual workers, ant they charge patients for medical care and treatment, collecting for such services, if necessary, by legal action. Certainly, the person who avails himself of 'hospital facilities' expects that the hospital will attempt to cure him, not that its nurses or other employees will act on their own responsability".

[43]Southwick, A. F., ob. cit., p. 238 señala que "since the basis of the respondeat superior theory is the employer's right to control the means and the methods of the employee's work, it follows logically that the employer is not liable vicariously for the tort o the negligence of an independent contractor. By definition, an independent contractor is one who has sole control over the means and the methods of the work to be accomplished, although the person who employs, hires or appoints a contractor retains the right of control and power of approval over the final result of the work".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los daños culpablemente causados por sus contratantes independientes, que no reconocen subordinación y dependencia respecto del primero. El fundamento de esta responsabilidad directa lo constituye la existencia de especiales deberes del hospital que —pudiendo delegar su ejecución en un tercero independiente— no puede delegar la responsabilidad que su negligente ejecución haga surgir respecto de un tercero *(non delegable duty)*[44]. Para el derecho inglés, esta regla —*non delegable duty*— hace civilmente responsable al empresario por los hechos culpables de un contratista independiente aunque aquél no haya incurrido en culpa alguna por cuanto, aunque pueda delegar la ejecución de dicha función en un contratista independiente, sigue siendo responsable frente al tercero por los hechos de este último. Si el contratista independiente es negligente y causa daño, el empresario que lo contrató es responsable frente a terceros por haber incumplido un deber de cuidado reconocido respecto del tercero. Para el *common law* inglés, el empresario no ha incurrido en culpa sino que, sencillamente, ha incumplido un específico deber de cuidado que tenía para con la víctima (deber de velar para que el contratista independiente ejerciera la diligencia debida). El empresario es responsable por no haber cumplido dicho deber.

3. Responsabilidad por riesgo de empresa

Una tercera doctrina que intenta explicar y fundar la responsabilidad civil del moderno hospital es aquélla en virtud de la cual se considera que el centro asistencial es una empresa de servicios sanitarios y que, por tanto, debe responder civilmente de acuerdo con el principio del riesgo de empresa.

La doctrina del riesgo de empresa es, quizá, la más moderna explicación o fundamento de la responsabilidad civil del empresario. Surge en la doctrina norteamericana de la primera mitad del presente siglo como reacción a las múltiples limitaciones y problemas que plantea para la víctima la doctrina de la responsabilidad por culpa personal y también el sistema de responsabilidad vicaria que exige, al menos, una culpa en el dependiente. Sin embargo, la doctrina del riesgo de empresa no ha sido recogida por ningun Código Civil del mundo y sólo ha tenido cabida en el derecho extranjero a través de leyes especiales o bien de interpretaciones jurisprudenciales extensivas[45].

Esta teoría sostiene, en resumidas cuentas, que la responsabilidad civil —como institución de derecho privado— debe no sólo castigar al personalmente culpable de una falta sino que debe constituir el medio idóneo para distribuir eficientemente el costo económico del daño entre el mayor número de personas y, ojalá, entre aquellas que utilizan o se benefician con la actividad que causó el daño a la víctima inocente. Por este motivo, el

[44]Por excepción, pueden existir casos en los cuales un empresario es civilmente responsable por las culpas de un contratista independiente aunque no existan estos deberes no delegables respecto de la víctima. Se trata de casos en los cuales ésta prueba que el empresario demandado fue negligente en la selección, vigilancia o control de dicho contratista/agente directo del daño y dicha culpa fue causa del daño cuya indemnización se reclama. Dice Jones, M.A., ob. cit., p. 399 que "as a general rule a person is not liable for the negligence of an independent contractor, unless he authorised or ratified the tort, or unless he has himself been negligent in selecting an incompetent contractor, or employing an inadequate number of employees for the job, or he has interfered with the manner in which the work was performed so causing the damage. If an employer discovers that the contractor's work is being done in foreseeably dangerous fashion, he may be liable if he condones the negligence. In each of these instances the employer is personally at fault".

[45]Para un desarrollo más acabado de esta doctrina puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., *La responsabilidad civil*... cit., Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 36 y ss.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

daño debe asumirlo y pagarlo el sujeto que está —en un mercado perfecto— en la mejor posición para prevenir dicho daño y distribuir su costo entre el mayor número posible de personas.

El criterio del riesgo de empresa postula que, en una economía perfecta, el empresario es siempre el sujeto que se encuentra en la mejor posición para prevenir el acaecimiento de nuevos accidentes y, además, para distribuir su costo entre el mayor número de sujetos, ya sea a través del sistema de precios o de los seguros de responsabilidad civil. El empresario, más y mejor que la víctima inocente, puede siempre pagar el daño, internalizar dicho desembolso como un costo más de su actividad productiva y distribuirlo entre muchos sujetos a través de un alza en el precio de sus bienes y servicios o mediante la contratación de seguros de responsabilidad civil, cuya prima será un costo más de su actividad empresarial.

El principio del riesgo de empresa es una doctrina todavía en evolución y es la que mayores estudios necesita en el moderno Derecho de daños. El riesgo de empresa no es más que la aplicación a la moderna actividad empresarial, productora de bienes y servicios a gran escala, del principio del riesgo creado en virtud del cual, quien se beneficia de un bien o de una actividad peligrosa, debe estar dispuesto a soportar el peso económico de los daños que dicha cosa o actividad cause a terceros, incluso si el daño es ajeno a toda culpa o negligencia del sujeto demandado.

En este sentido, cierta doctrina concibe a los modernos hospitales como grandes empresas que ofrecen una atención médico-sanitaria integral al paciente y que prestan servicios de salud cada día más completos y eficientes. De esta manera los hospitales deben constituirse en el principal centro de imputación de los accidentes y daños estadísticamente inevitables que lamentablemente se producen en su actuar de mediano o largo plazo (accidentes estadísticamente inevitables que están bajo el control del empresario o de su compañía de seguro), ya que deben responder, no en base a la culpa, sino en forma estricta o por riesgo creado.

Para esta doctrina el hospital debe responder toda vez que exista un daño imputable al riesgo propio de su actividad sin que sea necesario acreditar culpa en algún concreto dependiente. De esta forma la figura del concreto médico/dependiente, que con dolo o culpa causa el daño respectivo, deja de ser jurídicamente relevante y deja de ser un requisito *sine qua non* para imputar responsabilidad al hospital demandado. Para que el hospital demandado sea civilmente responsable basta que el daño sea consecuencia de un fallo, error o accidente imputable al riesgo propio, típico o inherente a la actividad realizada por el centro asistencial con ocasión de su giro o tráfico habitual.

En esta perspectiva, al igual que el fabricante o empresario productor debe responder de los defectos imputables a los subcontratistas y a las empresas que le suministran partes o componentes del producto final —no pudiendo excusarse en el hecho de terceros que suministraron el componente defectuoso—, el moderno hospital también debería responder frente al paciente/víctima por los hechos imputables a contratistas independientes que suministran parte de los servicios que la institución hospitalaria establece en favor de sus clientes, pues al ofrecer una amplia cobertura a los pacientes que ingresan al mismo, se compromete a otorgar y garantizar un servicio completo y final.

En este sentido la moderna institución hospitalaria tiende a crear y a promover la idea (apariencia) de que constituye una organización de servicio integral, con un sistema de prestaciones médico-sanitarias unitario y seguro, no pudiendo exonerarse de la responsabilidad que se le demanda, alegando que el daño lo causó un contratista independiente.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VI. MODERNAS TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS HOSPITALES Y CLINICAS

Frente a los profundos cambios que ha experimentado el ejercicio de la medicina y, concretamente, con el explosivo auge del ejercicio médico colectivo y al interior de un hospital público o privado, es claro que el sistema tradicional de responsabilidad por culpa probada ha manifestado adolecer de ciertas disfunciones jurídicas y de graves problemas prácticos que no son del todo fáciles de resolver.

Con el advenimiento de una legislación especial —que ha ido creando supuestos de responsabilidad estricta, por riesgo creado o sin culpa del empresario— y con el surgimiento de una jurisprudencia extensiva correctora de las insuficiencias de la responsabilidad por culpa, la necesidad de establecer específicos deberes de conducta o cuidado incumplidos por el demandado ha disminuido considerablemente. En estos casos ya no se trata de imputar una culpa al demandado (falta a un deber de conducta) sino de atribuir al titular los resultados negativos de un riesgo inherente a su propia actividad.

Además, todos los problemas que suscita la responsabilidad por culpa personal y subjetiva repercuten en el paciente demandante, quien se ve enfrentado a múltiples obstáculos de difícil solución, como lo son, por ejemplo, la prueba del daño en sus diversas clases; la prueba de una culpa personal y concreta; la prueba de una causalidad específica y relevante entre el hecho imputado y el perjuicio cuya reparación se reclama; la prueba de la ilicitud o antijuridicidad de la conducta, etc.

Para proteger a la víctima inocente, la jurisprudencia chilena y extranjera ha iniciado un paulatino pero decidido proceso de objetivación de la responsabilidad civil hospitalaria, de manera que la culpa subjetiva y personal —tal cual como se consagró en los códigos decimonónicos— ha ido perdiendo su exclusividad como sistema o factor para atribuir responsabilidad extracontractual y las normas codificadas han debido enfrentarse a un proceso de interpretación extensiva y protectora de los pacientes perjudicados.

Esta transformación jurisprudencial de la responsabilidad hospitalaria se inició conjuntamente con el surgimiento de la idea de que el hospital —y más concretamente, la institución dueña o administradora del mismo— es una empresa de servicios, igual a todas las demás que existen en el mercado y, por tanto, debe atenerse a los principios de la responsabilidad estricta por riesgo de empresa.

En los países —como Chile— que han recogido la doctrina de la responsabilidad extracontractual por culpa del empresario demandado —y, por tanto, que no tienen un régimen de responsabilidad vicaria o de responsabilidad estricta por actividades y cosas peligrosas— esta paulatina objetivación de la responsabilidad civil de los hospitales y clínicas se ha manifestado en las siguientes tendencias jurisprudenciales:

1. Hacia una tácita responsabilidad vicaria

Esta tendencia dice relación con un paulatino pero no declarado (formalmente) alejamiento del sistema de responsabilidad por culpa presunta y un acercamiento al régimen de responsabilidad vicaria o indirecta.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este sentido la jurisprudencia ha establecido en la práctica —aunque no lo haya declarado expresamente— que el hospital es objetivamente responsable de los daños culpablemente causados por su personal médico y paramédico, sin que se pueda exonerar acreditando su debida diligencia al elegir, vigilar o controlar la actividad de sus dependientes. En esta interpretación, basta a la víctima probar la culpa *in operando* del médico o del paramédico para que el hospital donde éste trabaja sea civilmente responsable del daño respectivo.

Nuestra jurisprudencia ha establecido, en muchos casos prácticos, que una vez acreditada la culpa *in operando* del empleado o dependiente, el empresario demandado no puede exonerarse, pues para que surja la responsabilidad de éste basta probar la culpa de aquél[46]. Desde una óptica culpabilística, podríamos señalar que la culpa del médico manifiesta y pone en evidencia la culpa del hospital a través de una presunción *iuris et de iure* de culpa.

Asimismo, y por este camino, la jurisprudencia ha ido creando especialísimos deberes de cuidado en la persona del facultativo que trabaja en un hospital para con ello, y una vez establecida la omisión culpable de este último, establecer la responsabilidad civil del hospital demandado. Sin embargo, la práctica jurisprudencial extranjera enseña que esta objetivación de la responsabilidad personal del facultativo es, muchas veces, sólo un expediente formal para establecer la responsabilidad civil del hospital demandado, pues —al no ser demandado ni emplazado el médico dependiente— la sentencia condenatoria contra el hospital no produce el efecto de cosa juzgada en contra del facultativo que no fue debidamente emplazado y, por tanto, le es inoponible.

2. El dependiente anónimo o culpa indeterminada

Otro mecanismo objetivador de la responsabilidad extracontractual de los hospitales lo constituye lo que se ha solido denominar como el "dependiente anónimo" o "culpa indeterminada".

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que no es necesario que la víctima identifique y demande al concreto dependiente o agente sanitario que con dolo o culpa causó el daño respectivo. Para condenar civilmente al hospital demandado no es necesario acreditar cuál fue el específico dependiente culpable del daño, pues basta probar que alguien

[46]Cfr. C de Santiago de 28 de enero de 1993, en *Gaceta Jurídica* N° 151 (materia civil), 1993, pp.54 y ss. Esta sentencia establece que, una vez acreditado el error culpable de la pabellonera (omitir verificar el contenido de los frascos que, debidamente rotulados, habían sido puestos a su disposición), la Clínica demandada es civilmente responsable por los daños irreparables experimentados por el paciente, sin permitirle a ésta probar su diligencia. En particular señalo que "así las cosas, establecido en este proceso que, por culpa de la pabellonera de la Clínica, que intervino en la operacion del actor, se irrigó durante la intervención del paciente, su vejiga con una solución de cloruro de sodio (...), preciso es concluir que en la especie se encuentran acreditados todos los presupuestos que hacen procedente la responsabilidad civil por el hecho ajeno atribuida a la clínica demandada, puesto que se ha demostrado que la dependiente de la clínica obró en el ámbito de la relación o vínculo laboral que la ligaba con la clínica, que ha existido un daño en la persona ofendida, el cual es imputable a la culpa de la dependiente de la clínica y que se ha establecido la existencia de una relación de causalidad entre el obrar de la hechora y el daño producido". No podemos olvidar que nuestra doctrina, siguiendo al decano Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., pp. 317 a 319, y bajo la influencia de la doctrina francesa sobre la responsabilidad vicaria, ha señalado como requisito *sine qua non* para que surja y opere la presunción de culpa del empresario ex art. 2320.4 CC o 2322 CC, que la víctima pruebe la culpa *(in operando)* y responsabilidad del propio dependiente, quien debe ser capaz de delito o cuasidelito civil y haber obrado ilícitamente. Si el dependiente no es capaz o si no se prueba su culpa *in operando*, no opera la presunción y la víctima debe probar la culpa del empresario ex art. 2314 CC.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

—dentro de la organización hospitalaria— incurrió en culpa y que dicha negligencia fue la causa del daño.

Así, nuestra jurisprudencia ha llegado a señalar que "no es de rigor que la sentencia determine quién o quiénes han sido los autores del daño, ni el demandante tiene para qué indicarlo, pudiendo hasta ignorar quiénes hayan sido. El que persigue la responsabilidad civil de una persona jurídica no tiene sino que patentizar la existencia del daño mismo y que el hecho dañoso no se habría producido sin la negligencia o culpa de alguien, dependiente de ella o a su cuidado"[47].

3. La responsabilidad civil del hospital es directa y no subsidiaria

También existe jurisprudencia que señala claramente que la responsabilidad extracontractual del hospital es directa y no subsidiaria. Por tanto la víctima no tiene la necesidad de demandar primero —o conjuntamente al menos— al agente directo del daño para obtener una sentencia favorable, sino que puede demandar sólo y directamente al hospital por el monto total del daño sufrido.

De esta forma el hospital demandado no puede oponer la excepción de *litis* consorcio pasivo necesario y obligar al demandante a dirigir su acción indemnizatoria también contra el agente material del daño, pues ambos sujetos responden en forma autónoma y por criterios de imputación diversos.

Bajo esta interpretación, el hospital se constituye en un centro de imputación de responsabilidad distinto e independiente del agente directo del daño y responde civilmente en base a criterios de imputación propios y autónomos.

4. La responsabilidad solidaria entre el hospital demandado y el agente sanitario culpable

Asimismo, y muy relacionada con la interpretación jurisprudencial explicada en el número anterior, constituye una tendencia doctrinal y jurisprudencial claramente establecida en el Derecho comparado el reconocer y establecer una solidaridad pasiva entre el empresario demandado y el dependiente/agente culpable del daño, aunque no exista ley que así lo señale expresamente, de manera que la víctima pueda demandar la indemnización de todo el daño contra uno cualquiera de ellos o contra ambos conjuntamente.

No podemos olvidar que tradicionalmente, y a falta de texto expreso en contrario, se ha entendido que la obligación indemnizatoria —tanto la contractual como la extracontractual— es simplemente conjunta y, por tanto, cada obligado al pago de indemnización sólo debe responder de su cuota o parte en la deuda. De esta forma la solidaridad pasiva entre los obligados al pago de una indemnización es excepcional y su fuente debe ser la ley o la convención[48].

[47]Cfr. C.S. de 30 de noviembre de 1923, *R.D.J.* t. 22, secc. 1ª, p. 681. En este mismo sentido la C.S. de 11 de diciembre de 1958, en *R.D.J.*, t. 55, secc. 4ª, p. 209, ha señalado que "no puede admitirse que la acción establecida en el inciso 5° del art. 2320 del Código Civil esté sujeta a la condición de que se designen, de un modo preciso, por sus nombres, a los empleados o dependientes que hayan sido causantes del daño". Alessandri Rodríguez, A., ob. cit., p. 373, fue partidario de esta postura al señalar que "a la víctima le incumbe probar que el daño lo causó un dependiente del empresario, contra quien dirige su acción, (...) pero no es menester que pruebe cuál o cuáles de los dependientes individualmente determinados han sido sus autores, ni siquiera que indique sus nombres; la ley no lo exige".

[48]En materia contractual, las fuentes de la solidaridad pasiva están enumeradas en el art. 1511 CC y son

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este sentido Alessandri[49] negó toda solidaridad pasiva entre el empresario demandado y el dependiente culpable, impidiendo la aplicación del art. 2317 CC, pues el distinguido civilista entendió que el empresario no podía ser considerado, en la mayoría de los casos prácticos, como un copartícipe culpable en la causación del daño respectivo (coautor del delito o cuasidelito civil).

Sin embargo, en el Derecho comparado existe una consolidada tendencia jurisprudencial que considera que la obligación indemnizatoria del empresario es solidaria con la que le corresponde al dependiente/agente directo del daño, de manera que la víctima puede elegir demandar toda la reparación contra uno cualquiera de ellos. En este sentido existen múltiples sentencias extranjeras —sobre todo españolas— que establecen que el hospital es solidariamente responsable con el médico o agente sanitario que causó material y directamente el daño respectivo.

La solidaridad pasiva ha constituido —sobre todo en el derecho extranjero— un expediente de gran aplicación práctica en todos aquellos ordenamientos que, como el chileno, no contemplan un sistema de responsabilidad extracontractual al modo vicario, indirecto o substituto, sino sólo un sistema de responsabilidad por culpa presunta. El esquema de responsabilidad vicaria no necesita de la solidaridad pasiva para proteger a la víctima pues la responsabilidad del empresario es directa y por el total del daño, sin perjuicio del derecho que tiene de repetir por el total contra el dependiente culpable (acción de reembolso).

Sin embargo, nuestra jurisprudencia no ha sido uniforme en esta materia y, particularmente, cuando se trata de daños causados al interior de un hospital, pues encontramos sentencias que la aceptan y otras que la rechazan[50].

la convención, el testamento y la ley. En materia extracontractual, la fuente de la solidaridad está en el art. 2317 CC que señala que si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito (claro supuesto coparticipación culpable en la causación del daño).

[49] Alessandri, A., ob. cit., p. 323, nota 3, sostuvo que en estos casos — daños causados por el dependiente al servicio de una empresa— la víctima tiene dos responsables: uno por el hecho propio (el dependiente) y otro por el hecho ajeno (el empresario), a cada uno de los cuales podrá demandar separada o conjuntamente por el total del daño. En este sentido, y producto de la clara influencia de la doctrina francesa de su época, existe una clara contradicción lógica en el planteamiento de Alessandri pues, ¿cómo se explica que —sin existir solidaridad pasiva entre el empresario y el dependiente— la víctima pueda dirigirse contra uno cualquiera de ellos por el total del daño? Alessandri, A., *ibidem*, replica diciendo que "esto no significa que haya entre ellos solidaridad pues según el art. 2317 ésta existe sólo entre los coautores de un mismo delito o cuasidelito. El civilmente responsable y el autor del daño no tienen este carácter, pues el delito o cuasidelito ha sido cometido sólo por una persona. El civilmente responsable es una especie de caución o deudor *subsidiario*, pero a quien se puede demandar desde luego sin necesidad de demandar antes al autor del daño".

[50] Como ejemplo de la línea restrictiva (aquella que niega la solidaridad pasiva) se puede destacar el fallo de la C. de Santiago de 23 de octubre de 1991, en *R.D.J.* t. 88, N°3 (sept./diciembre), secc. IV, p. 160, que señala: "La responsabilidad civil de Isapre Banmédica, como tercero civilmente responsable por su actuar negligente descrita en la sentencia que se revisa —considerando 11— y fundamento segundo de este fallo, es simplemente conjunta, vale decir, independiente de la que corresponde a los restantes demandados". Sin embargo, en sentido contrario puede verse el fallo de la C. de Santiago de 1993, en *Gaceta Jurídica* N° 39, 1983, pp 60 y ss., que condenó solidariamente a una clínica privada y al anestesista en aplicación de los arts. 2314 y 2322 CC, declarando que "la falta de un sistema de control y vigilancia que asegure que los dependientes no incumplan sus deberes en un recinto hospitalario revela falta de previsión, de cuidado y de autoridad. De acuerdo al artículo 2322 del Código Civil, el empleador debe responder solidariamente de los perjuicios ocasionados por su dependiente".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5. *La creciente dificultad de probar con éxito la diligencia desplegada por el hospital demandado (el no agotamiento de la diligencia debida o la insuficiencia de las medidas adoptadas)*

Por otro lado, en aquellos países que, como el nuestro, consagran un sistema de responsabilidad del empresario por culpa presunta, la jurisprudencia ha ido objetivando la responsabilidad civil de los hospitales, haciendo cada vez más difícil para éstos probar que adoptaron todas las medidas que su calidad les confiere y prescribe para prevenir y evitar el daño.

De esta forma, la jurisprudencia ha ido exigiendo paulatinamente a los hospitales demandados un grado de diligencia y cuidado cada vez más alto (progresivo deber de cuidado), creando a su respecto especialísimos deberes de conducta y seguridad respecto de los servicios que prestan a los pacientes que ingresan y se internan en el respectivo recinto hospitalario.

Así, por ejemplo, nuestra jurisprudencia ha declarado —aunque no específicamente respecto de daños causados con ocasión de actividades hospitalarias— que no basta al empresario demandado haber dictado y publicitado en su empresa un Reglamento interno para la prevención de accidentes, pues una vez producido el daño, este solo hecho demuestra que dicho reglamento era insuficiente. Por otro lado, ha señalado que no basta al empresario demandado haber tomado algunas medidas para prevenir y evitar el daño pues si éstas no fueron de la entidad suficiente para evitar el hecho, la presunción de culpa del empresario subsiste y debe indemnizar a la víctima[51].

Así también nuestros tribunales han señalado que el empresario demandado debe fundar su prueba liberatoria (prueba de su diligencia) en antecedentes positivos y concretos, dirigidos directa e inmediatamente a impedir el daño (por ejemplo, la prohibición de autorizar a un pasajero que suba sin pagar el pasaje o sin sujeción a los horarios regulares)[52].

Por último existe jurisprudencia que señala que el solo hecho del daño acredita que las medidas adoptadas por el empresario demandado fueron insuficientes o, al menos, desobedecidas y, por tanto, no concurren al propósito que tuvo el empresario de evitarlos[53].

6. *La culpa por omisión* (culpa in omittendo) *del hospital y/o de sus empleados* in genere *y la creación* —a contrario sensu— *de especiales deberes de cuidado*

Aunque está muy relacionado con el expediente objetivador explicado en el número anterior, podemos señalar que la jurisprudencia chilena y extranjera ha utilizado la culpa por omisión como un mecanismo de gran eficacia práctica para condenar civilmente a los hospitales y —*a contrario sensu*— crear especialísimos deberes de cuidado respecto de la atención de los enfermos que ingresan al mismo.

Esta culpa *in omittendo* ha sido atribuida indistintamente al hospital demandado y/o a su personal *in genere*, sin indicar quién o quiénes son las personas que debieron haber adoptado las medidas que el Tribunal estimó que no se adoptaron.

En este sentido dicha jurisprudencia ha declarado la responsabilidad civil del hospital por no haber adoptado las medidas de cuidado, coordinación, vigilancia, seguridad y

[51]Cfr. C.S. de 14 de abril de 1950, *RDJ*, t. 47, secc. 1ª, p. 482.
[52]Cfr. C.S. de 29 de septiembre de 1942, *RDJ*, t. 40, secc. 1ª, p. 212.
[53]Cfr. C. Pedro Aguirre Cerda de 1 de abril de 1981, *RDJ* t. 78, secc. 3, p. 52.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

organización adecuadas para impedir el daño. Así, por ejemplo, la jurisprudencia extranjera ha señalado que un hospital es civilmente responsable *por no haber cumplido* con el deber de cuidar y vigilar a los enfermos síquicos que son internados en él[54]. Así también, la jurisprudencia extranjera ha señalado que el hospital es civilmente responsable *por no haber puesto* todos los medios para evitar que el paciente pudiera causar daños a sí mismo o al prójimo, eventos perfectamente previsibles, dadas las imprevisibles y anómalas reacciones que son propias de las enfermedades síquicas[55].

Asimismo, la jurisprudencia chilena ha señalado que una clínica puede ser civilmente responsable —aun cuando los exámenes de sangre hayan sido realizados por un laboratorio independiente— si la referida transfusión se realiza dentro del hospital demandado, sin la presencia del tecnólogo, del médico tratante, del médico de turno o del mismo director de la clínica, ya que ésta omitió estos elementales deberes de vigilancia que hubieran impedido el hecho[56]. Así también, nuestra jurisprudencia ha llegado a señalar que "revela la más absoluta falta de previsión, de cuidado y de autoridad, el que en un box de la sala de prepartos de la maternidad de un recinto hospitalario pueda abandonarse a su suerte a una enferma sometida a los efectos de la anestesia epidural, sin que un sistema de control o de vigilancia impida que los dependientes incumplan sus deberes, y ello es de resorte exclusivo del servicio demandado"[57].

[54]Así, por ejemplo, en STS (1ª) de 30 de julio de 1991, el Tribunal Supremo español condenó a una clínica privada por el suicidio de un paciente y declaró que "entre las obligaciones del personal de un centro se encuentra la de prestar (cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias profesionales) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados en el mismo, según requiera el estado de cada uno, sin poder, en principio, hacer recaer el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones en los familiares del enfermo, siendo ésta la conducta observada por los demandados, aquí recurrentes, al exigir la permanencia de un familiar en la habitación del paciente, para vigilarlo ante las imprevisibles y anómalas reacciones o actitudes de aquél —por la enfermedad síquica que padecía, pudiera adoptar al quedarse solo en la habitación, por lo que ha de calificarse de culposa o negligente la conducta de los demandados, al hacer dejación en un extraño de sus deberes profesionales *y al consistir la culpa o negligencia en la omisión de la diligencia exigible, cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso* (...)" cit. por Diez Picazo Giménez, G., "La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (a propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIX, fasc. 1 (enero/mayo), 1996, pp. 123 y 124.

[55]Cfr. STS (1ª) de 31 de julio de 1993, en la cual el Tribunal Supremo español condenó a un hospital público por el suicidio de un paciente que logró salir de la planta siquiátrica sin ser visto por el personal del hospital para arrojarse posteriormente por la ventana del piso inmediatamente inferior. El Tribunal Supremo español señaló que "es imprescindible, pues, poner en juego unos medios humanos y materiales de seguridad y vigilancia que, perfectamente compatibles con la dignidad del enfermo, garanticen los bienes jurídicos superiores suponen la vida e integridad física, tanto propias como ajenas. En el caso que nos ocupa es evidente que *dichas medidas*, que debían extremarse aún más, dados los amplios antecedentes de autolisis del paciente, *fallaron o no se adoptaron, por un descuido tanto del personal que en ese turno tenía encargado el control de la entrada y salida a la planta de Psiquiatría, cuanto de aquellos otros encargados de la general vigilancia o asistencia, que no se apercibieron de la ausencia del paciente*".

[56]Sentencia del 22° Juzgado Civil de Santiago, causa rol N° 904-92, caratulado "Avendaño Mercedes con S. Kohan Hnos.", de fecha 29 de abril de 1996 (sin publicar todavía).

[57]Cfr. C. de Santiago de 23 de agosto de 1983, en *Gaceta Jurídica* N° 39, 1983, p. 68, confirmada por sentencia de la C.S. de 4 de octubre de 1984, en *Fallos del Mes* N°311, sentencia N°2, p. 566 (también fue publicada en *R.D.J.* t. 81, II, IV, pp. 206-225; y en *Informe Constitucional* N°144, Santiago, 21 de agosto de 1991, con comentarios de Soto Kloss, E., "Responsabilidad del Estado"). Vale la pena destacar que en este caso se trata de la responsabilidad civil de un servicio público (perteneciente a la Administracion del Estado) por los daños cerebrales irreversibles causados a una parturienta al interior de un hospital público y no, por el contrario, de la responsabilidad de un hospital o clínica privada (quizá el fallo hubiera sido distinto en este último caso). Además, esta sentencia tiene la peculiaridad de condenar al Fisco por los daños causados a una víctima que ingresó a la maternidad del

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7. *La responsabilidad civil del hospital por falta de servicio o culpa en la organización*

Se trata de una tendencia, aún no del todo bien definida, en virtud de la cual el hospital sería directamente responsable por una culpa en la organización del establecimiento o del servicio prestado a la víctima (error en la organización o falta del servicio)[58].

En este sentido, y en estricta teoría, el hospital podría llegar a ser civilmente responsable no obstante haber probado en el proceso que el o los médicos y/o el personal sanitario que intervino en la atención del demandante fueron plenamente diligentes en la respectiva atención médica.

Por este motivo la falta de servicio o culpa en la organización adquiere especial importancia, toda vez que el hospital logra probar que ninguno de sus empleados incurrió en culpa o bien, que el propio establecimiento disponía de todas las medidas de protección y cuidado que la prudencia exigía en el caso concreto. Sin embargo, y aun cuando el hospital pruebe que no incurrió en ninguna forma de culpa *in omittendo*, de acuerdo a este nuevo criterio de imputación del daño aquiliano (la falta de servicio) el hospital sí podría llegar a ser civilmente responsable por cuanto, aunque disponía de dichas medidas o sistemas, no los utilizó íntegra, correcta u oportunamente o los utilizó en forma deficiente o incompleta.

Hospital Paula Jaraquemada sólo como paciente privada del Dr. Hernán Bórquez (sistema de libre elección) y no como beneficiaria de la Seguridad Social para ser atendida por cualquier médico perteneciente al referido hospital. Sin embargo, debemos destacar que la matrona Sonia Salas y el anestesista Sr. Ortega debieron atender el parto porque dicho médico (Dr. Bórquez) no pudo atenderlo personalmente. Además, el Sr. Ortega era la única persona disponible para anestesiar aquella noche y estaba a cargo del proceso anestésico de varias enfermas. Por último, no podemos silenciar el hecho de que uno de los fundamentos de la responsabilidad civil del servicio demandado —y no obstante que la paciente ingresó al hospital para ser atendida por un médico como paciente privada— fue el hecho que la Corte de Apelaciones entendió que "revela la más absoluta falta de previsión, de cuidado y de autoridad el que en un box de la sala de prepartos de la maternidad del recinto hospitalario pueda abandonarse a su suerte a una enferma sometida a los efectos de la anestesia epidural, sin que un sistema de control o de vigilancia impida que los dependientes incumplan sus deberes. Y ello es de resorte exclusivo del servicio demandado". Además la Corte Suprema señaló, a mayor abundamiento, que "la ausencia de cuidado ordinario por parte del servicio se refleja también palmariamente en el hecho indubitado de encomendar a un estudiante de quinto año de Medicina la atención exclusiva de procesos anestésicos múltiples, asumiendo con ello un evidente riesgo (...) y el de acometer tales tareas en locales carentes de elementos indispensables".

[58]La doctrina inglesa habla de *direct liability* (cfr. Jones, M., *Medical Negligence*, Swett & Maxwell, London, 1996, p. 399) y la norteamericana se refiere a la *corporate negligence* (cfr. Southwick, A. F., "Hospital Liability: Two Theories Have been Merged", en A.A.V.V., *Hospital Liability Law and Practice* (ed. by Goldsmith and Bartolet), 5ª ed., Practising Law Institute, New York, 1987, p.251). Según Jones, ob. cit., p. 399, esta doctrina no es nueva en el derecho inglés. En el pasado, cuando los hospitales no eran civilmente responsables por los actos de su personal médico, profesional o altamente calificado, las víctimas solían acudir a la fórmula de la culpa en la organización para intentar imputar directamente una responsabilidad civil al respectivo hospital. En nuestro país —siguiendo la doctrina extranjera— el Derecho Administrativo reconoce la figura de la responsabilidad civil por falta de servicio. Tan claro es ello que los hospitales públicos responden hoy en Chile directamente con base a lo señalado en los arts. 38.2 CPE y 4° y 44 de la LOC de Bases Generales de la Administración del Estado y los establecimientos asistenciales municipales responden de la misma forma con fundamento en lo indicado por el art. 137 del LOC de Municipalidades, normativas que han introducido en nuestro ordenamiento jurídico público (Derecho Público) el concepto de falta de servicio, como nuevo criterio de imputación de responsabilidad civil. Cfr. C. de Valparaíso de 22 de diciembre de 1994, que confirmó la sentencia del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso de 30 de agosto de 1994, en la cual se condenó al Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, por el descuido y la negligencia de dos auxiliares paramédicos del hospital "Doctor Gustavo Fricke" (olvido de dos compresas al interior del cuerpo del paciente), y en aplicación conjunta de los arts. 4° y 44 de la Ley 18.575 y también del art. 2314 del Código Civil. Además, el Considerando Décimo Quinto de esta sentencia señala claramente que "ha existido una falta de servicio por parte del Hospital Gustavo Fricke, entendiéndose por falta de servicio, toda deficiencia o

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo es difícil precisar en la práctica en qué consiste la falta de servicio o culpa en la organización (error, defecto o falla organizacional o del sistema hospitalario). No obstante, y en un esfuerzo ejemplificador que intenta clarificar este oscuro criterio de imputación, podemos señalar los siguientes casos de falta de servicio o culpa en la organización:

a) Un hospital podría llegar a ser civilmente responsable por el insuficiente, ineficiente o inadecuado sistema de control o coordinación de la labor desplegada por el personal sanitario que trabaja en dicho hospital respecto de una específica atención médica, lo que pudo significar exponer al paciente/víctima a un riesgo mayor que el ordinario. Así por ejemplo, un hospital puede llegar a ser civilmente responsable si el sistema de turnos del personal paramédico es inapropiado por la excesiva duración de los mismos (falta tiempo para el oportuno descanso) o bien, por el escaso número de personas que integra cada turno (falta personal para estar en todas las necesidades de los pacientes). Así también el hospital puede llegar a ser civilmente responsable por no tener suficiente personal para la atención de los pacientes de alto riesgo, por tener mucho personal sin experiencia o sin preparación suficiente o bien, por permitir que un médico sin experiencia administre anestesia sin la vigilancia adecuada.

b) Así también, la jurisprudencia extranjera ha llegado a señalar que no obstante que los médicos intervinientes actuaron con la diligencia exigida por su *lex artis* y que la clínica demandada tenía todas las medidas de vigilancia adecuadas, el establecimiento asistencial debe responder pues dichas medidas no fueron suficientes o actuaron en forma errada o incorrecta[59]. En este sentido, no bastaría al hospital tener disponible las medidas de protección pertinentes sino que debe utilizarlas al máximo de sus capacidades y en forma oportuna .

c) Por otro lado, el hospital también puede ser civilmente responsable si no establece adecuados procedimientos internos para impedir que el paciente adquiera determinadas infecciones intrahospitalarias o los sistemas previstos para ello son insuficientes. Así, por ejemplo, y en relación con las infecciones postoperatorias que no se deben a negligencia de ningún médico en particular, el centro asistencial podría llegar a ser civilmente responsable por no mantener las instalaciones hospitalarias en adecuadas

mal funcionamiento de un servicio público que ocasiona un daño, como lo han definido algunos autores en la doctrina", señalando a continuación que esta falta de servicio está constituida —en ese caso concreto por 6 hechos específicos, el último de los cuales es el siguiente: "f) En general, la ausencia de cuidado o negligencia en la atención profesional prestada al paciente Juan López Pérez".

[59] En STS (Iª) de 17 de mayo de 1995, el Tribunal Supremo español condenó a una clínica privada por el suicidio de un paciente, no obstante que el personal médico de la misma actuó correctamente e hizo las advertencias de vigilancia pertinentes y la clínica tenía las medidas de vigilancia adecuadas. El Tribunal declaró que "es evidente que los *medios de vigilancia fallaron* en este caso pues la advertencia (de los médicos) no podía ser más clara ante el diagnóstico de la paciente y su primer intento de huida, por lo que aquí sí era exigible que se extremaran las mismas al momento de las visitas familiares, para evitar, por un lado, que saliera durante la apertura de la puerta de la planta y, por el otro, para mantener un exquisito control de las entradas y salidas a través de monitor de televisión existente, y sólo a ello se debe la imputación de responsabilidad que se ha hecho; (...) mediante dicha exigencia, no se transgrede la *lex artis* aplicable a las plantas psiquiátricas asistenciales, que *si bien tenía las medidas de protección pertinentes, exigibles dentro del sistema de libertad de movimientos controlada del paciente*, éstas debieron actuar al máximo de rigor ante un caso de peligro evidente y anunciado o proceder al traslado del enfermo, si se estimaba que su riesgo no podía ser controlado con medidas, a otro centro psiquiátrico general o propiamente custodial, tratándose pues, en este caso, más bien, de una responsabilidad empresarial (custodia dentro de los medios de asistencia, sin rebasar aun éstos) y esencialmente médica".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

condiciones higiénicas y por no adoptar las medidas que correspondan para evitar el contagio de los pacientes en el período postoperatorio[60].

d) Así también el hospital podría llegar a ser civilmente responsable si existen falencias en los sistemas para evitar que se cometan errores en la administración de drogas o de medicamentos altamente peligrosos.

e) Asimismo el hospital puede llegar a ser civilmente responsable cuando existe una falla o un error en el uso o en la mantención del instrumental o de los equipos médicos apropiados o bien, si ha sido negligente en la selección de personal idóneo para la utilización de dichos equipos o instrumental. También el hospital puede ser civilmente responsable si sus locales e instalaciones no son mantenidos, limpiados o reparados con los debidos resguardos para impedir problemas en la atención médica respectiva[61] .

f) El hospital puede ser declarado responsable si falla el sistema de comunicación para llamar al equipo médico de urgencia necesario para atender una llamada de esta clase en la sala respectiva, ya sea porque el sistema de comunicación estaba mal diseñado o bien porque fue mal utilizado por algún miembro del personal del hospital. La responsabilidad del hospital surge en ambas alternativas pues, en la práctica, puede ser imposible determinar con exactitud si el sistema de comunicación era inadecuado (diseño ineficiente) o bien, si existió negligencia en alguien al interior del hospital.

g) Por último, los hospitales y centros sanitarios también pueden llegar a ser civilmente responsables por el mal estado de los sistemas generales del hospital (energía eléctrica, servicio de camillas, etc.) y del instrumental médico que se utiliza en las intervenciones quirúrgicas. Existe jurisprudencia extranjera que condena al hospital incluso por la rotura fortuita o el incendio de un aparato, declarando que la culpa era del centro sanitario por la negligencia en el mantenimiento del instrumental y de las instalaciones[62].

En todos estos casos se imputa al hospital demandado algún tipo de culpa genérica, la que no se radica en algún médico o persona concreta sino que se refiere a un defecto en el sistema general o un error en la organización del proceso de prestación del servicio respectivo.

Sin embargo, la doctrina extranjera señala que la culpa en la organización o falta de servicio no se presume y, por tanto, debe ser probada por la víctima. En este sentido, el demandante puede tener graves problemas a la hora de intentar probar que el hospital

[60]Así, por ejemplo, en Vancouver General Hospital v. McDaniel (152, L.T. 56, 1934), cit. por Jones, M., ob. cit. p. 400, el paciente/demandante ingresó al hospital para ser tratado de una enfermedad infecciosa (la difteria) y contrajo la viruela. La víctima demandó al hospital alegando que éste había sido *negligente respecto del sistema de control de los enfermos contagiosos*, pues lo habían puesto en contacto con enfermos que padecían de viruela y fue atendido por enfermeras que simultáneamente atendían enfermos contagiados por dicha enfermedad. Lord Alness señaló que la demandante no alegaba culpa en ningún empleado concreto ni que el hospital hubiera omitido o fallado en la aplicación del sistema de control de enfermos infecciosos, sino que la precisa técnica de control de enfermos aplicada por dicho hospital había sido deficiente.

[61] Cfr. C.S. de 9 de mayo de 1991, en *Informe Constitucional* N°144, Santiago, 21 de agosto de 1991, (con comentario de Soto Kloss, E.), en el cual se condena al Servicio de Salud del Maule por los daños causados a la paciente (invalidez perpetua de las extremidades y pérdida de la audición) en el Hospital Regional de Talca por la presencia de sustancias tóxicas en la anestesia (raquídea). En este caso la Corte estimó que no existió culpa (penal) en el anestesista respectivo —y agente material del proceso anestésico—, pues la causa eficiente y final de las lesiones habría sido un deficiente lavado de jeringas, en las que habrían quedado restos de detergentes no bio-degradables, los que al ser introducidos al líquido encéfalo raquídeo habrían desatado el cuadro clínico parapléjico indicado.

[62]Cfr. Arrabal de Mata, P., *Reclamaciones de daños y perjuicios*, Editorial Paraninfo, Madrid, 1995, p. 115, con cita de abundante jurisprudencia española emanada del Tribunal Supremo.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

incurrió en esta clase de culpa, pues será lógico que éste intente acreditar su plena diligencia alegando, por ejemplo, que por razones económicas o de fuerza mayor, no podía disponer del personal, instrumental o equipamiento más eficiente; también podría alegar que no podía contar con sistemas de control, comunicación o vigilancia más eficaces que los disponibles a la epoca del daño.

En otras palabras, el hospital siempre podrá intentar probar que era material, económica y moralmente imposible adoptar dichas medidas o disponer de un mejor personal y/o equipamiento[63].

Sin embargo debemos precisar que —a nuestro juicio— esta culpa en la organización o falta de servicio no es una manifestación más de la culpa clásica tradicional —cuya existencia puede ser desvirtuada mediante la prueba de la diligencia debida—, sino que constituye un nuevo criterio de imputación que se acerca notablemente a los postulados de la moderna doctrina del riesgo de empresa. En esta nueva perspectiva la culpa habría dejado de ser un elemento exclusivamente humano y personal —imputable sólo a las personas naturales y por analogía a las personas jurídicas— para transformarse en un concepto abstracto, predicable también respecto de las empresas organizadas como personas jurídicas autónomas. Se trataría de la previsibilidad propia del titular de una actividad que causa daños estadísticamente inevitables y que, por tanto, debe controlar los riesgos propios de su giro.

De esta forma, esta culpa en la organización o falta de servicio se relaciona con aquella previsibilidad que debe tener todo buen empresario respecto de la ocurrencia de daños previsibles pero estadísticamente inevitables *(accidental damages)*. Bajo esta moderna perspectiva, la diligencia exigida a los hospitales no se relaciona con la adopción de todas las medidas que las concretas circunstancias de tiempo, lugar y personas indican para prevenir y evitar los daños, sino con la previsibilidad y el control que todo buen empresario debe tener respecto de los riesgos inherentes a la concreta actividad desarrollada por su empresa.

Por ello, en estos casos, será la jurisprudencia la que, guiada por una u otra concepción de la finalidad y fundamento de la responsabilidad civil, determine el valor eximente de la prueba aportada por el hospital en orden a intentar acreditar la presencia del caso fortuito o fuerza mayor, o bien la no exigibilidad de otra conducta.

Si el juez adopta una postura tradicional, exigirá que la víctima demandante pruebe que la referida carencia de medios —por ejemplo, la falta de personal, insuficiencia de los equipos o del instrumental, defectos en el banco de sangre o de los medicamentos suministrados al paciente, etc.— o su mala y deficiente organización se debió a una culpa organizacional del hospital demandado. En esta perspectiva tradicional —muy apegada a los cánones de la responsabilidad por culpa subjetiva— no bastaría a la víctima probar que el daño ha sido consecuencia de una falta de recursos del hospital o de una mala distribución (asignación) de los mismos, sino que el demandante debería probar que dicha carencia o mala asignación se debió a una negligencia por parte del hospital y/o de sus administradores.

Por el contrario, si el juez adopta una interpretación más cercana a los postulados de la responsabilidad estricta por riesgo de empresa, la falta de recursos o su mala/deficiente asignación será imputada al riesgo de la organización o actividad, haciendo civilmente responsable al hospital demandado.

[63]Jones, M., ob. cit., p. 403, resume esta defensa de la siguiente forma: "The hospital could not be expected to do more than their best, allocating their limited resources as favourably as possible".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

8. La responsabilidad civil del hospital por el hecho de un contratante independiente

En los sistemas de responsabilidad civil por culpa presunta, para que el empresario demandado sea civilmente responsable por el hecho ajeno debe existir entre aquél y el agente material del daño un vínculo de tal naturaleza y características que haga presumir que el primero incurrió en una culpa al vigilar o dirigir el modo o la forma como el segundo desarrolló su función y causó el daño respectivo. En general, bajo este esquema, el vínculo de subordinación y dependencia se caracteriza por la gran proximidad que existe entre el principal y el auxiliar o causante material del daño por cuanto, sólo de esta forma, el actuar negligente del dependiente hace presumir la culpa del empresario demandado.

Por otro lado, en el sistema de responsabilidad vicaria también se exige la presencia de un vínculo de subordinación y dependencia entre el empresario y el agente material del daño pero a su respecto ha existido una mayor y más clara extensión de sus límites a través de una interpretación jurisprudencial extensiva y protectora de los derechos de la víctima inocente. Así, por ejemplo, se ha pasado desde una interpretación restrictiva del criterio del control (control sobre la forma como se realiza el trabajo o servicio encomendado al auxiliar) hacia una interpretación extensiva, en la cual sólo se exige el control final o, al menos, potencial sobre los aspectos más generales del trabajo o servicio desplegado por el auxiliar.

De todas formas, mientras más cercana es la relación entre el empresario demandado y el agente directo del daño —y, por tanto, mientras mayores sean las posibilidades de dirigir, vigilar o controlar la actividad del auxiliar— más alta es la probabilidad que se entienda configurado el vínculo de dependencia necesario para hacer civilmente responsable al hospital.

En atención a lo anterior, la doctrina tradicional ha exigido que el principal —para que pueda ser declarado civilmente responsable por la conducta ajena— tenga la facultad y la capacidad de dirigir y controlar no sólo la forma como el dependiente realiza sus funciones sino también los medios a través de los cuales desarrolla su labor.

En materia de responsabilidad civil hospitalaria, una primera extensión del vínculo de subordinación —en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos— consistió en considerar que los médicos, aunque sean profesionales independientes que se guían por las reglas de su propia profesión, ciencia o arte, son también dependientes para los efectos de la responsabilidad civil del hospital demandado. En este sentido, la responsabilidad civil del hospital por los actos de un profesional independiente —aunque formalmente siga fundada en la culpa *in eligendo vel vigilando*— claramente se acerca a los postulados de una responsabilidad vicaria, en garantía o por riesgo creado.

Así también la jurisprudencia anglosajona ha extendido el vínculo de subordinación y dependencia, haciendo que el hospital responda por el hecho negligente de un cada día mayor número de profesionales de la salud que prestan sus servicios al interior del mismo, pues se entiende que forman parte del personal del hospital y, con ello, comprometan la responsabilidad civil del mismo[64].

[64]Entre estas múltiples causas o circunstancias que han motivado esta extensión del vínculo de dependencia se encuentran las siguientes: a) los pacientes, cada día con mayor frecuencia, no se dirigen a su propio médico de cabecera o de familia para ser atendidos por él sino, más bien, al hospital de su preferencia, el que lo atiende a través de su personal médico o paramédico; b) los pacientes ingresan y usan, cada día con mayor

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El *common law* norteamericano ha considerado que el pago de un salario periódico a un médico y la imposición de un determinado horario es suficiente para considerar que existe subordinacion y dependencia respecto del hospital demandado. Incluso un médico con salario de media jornada puede ser considerado empleado de la institucion[65].

Dentro de esta tendencia expansiva, cabe destacar que cierta jurisprudencia norteamericana ha llegado a sostener que el hospital demandado es civilmente responsable por la negligencia de médicos especialistas que sólo trabajan sobre la base de un simple contrato de honorarios, pero que —dada la forma como se remuneran dichos servicios y como se presenta al publico la actividad de éstos— debe entenderse que forma parte del personal *(staff)* del hospital[66].

De esta forma el hospital puede ser considerado civilmente responsable por la negligencia de sus internos, médicos residentes, anestesistas jornada completa y media

frecuencia, las salas de emergencia del hospital pues su médico tratante o particular les aconseja que ingresen a dicha sala los fines de semana o cuando él se encuentre de vacaciones; c) los hospitales y otras organizaciones que proporcionan institucionalmente tratamientos médicos en gran escala, han incrementado el número y la frecuencia de acuerdos económicos con doctores independientes (no empleados pertenecientes al *staff*) para que éstos colaboren con el servicio ofrecido por el hospital; d) la medicina se ha vuelto cada vez más institucionalizada y especializada; y e) los contratos con especialistas de planta han aumentado drásticamente en número y frecuencia. Así, por ejemplo, en Mehlman v. Powell, 46 U.S.L.W. 2227 (Md. 1977), cit. en Pozgar, G. D. & Santucci, N., *Legal Aspects of Health Care Administration*, Aspen Publishers Inc., Gaithersburg, Maryland, 1996, p. 207, la Corte sostuvo que un hospital podía ser declarado civilmente responsable por la negligencia de un médico perteneciente a la unidad de emergencias, pero que no era empleado del hospital sino que trabajaba en ese departamento con carácter de contratista independiente. La Corte resolvió lo anterior en base a que el hospital mantenía un control sobre los procedimientos de cobranzas por los servicios prestados por los médicos pertenecientes a dicho departamento; además, el hospital demandado mantenía un departamento de emergencia en el recinto hospitalario e indicaba públicamente a los pacientes que los miembros de dicho equipo de emergencia eran sus empleados, lo que implicaba que los pacientes confiaban contar con la habilidad y competencia de todo el equipo, tanto médico como administrativo.

[65]En Niles v. City of San Rafael, 42 Cal. App. 3d 260, 116 Cal. Rptr. 801 (1974), cit. por Southwick, A. F., ob. cit., p. 257, el director del departamento pediátrico de un prestigiado hospital —contratado con remuneración de media jornada— fue negligente cuando llevó a cabo un superficial examen a un joven que había sufrido daños en la cabeza durante un altercado, enviándolo a su casa sin darle a su padre completas instrucciones respecto de la obligación de continuar con la observación de la paciente. La negligencia del doctor resultó en un tardío diagnóstico de una hemorragia intercraneal de la paciente, la que causó un daño cerebral irreparable. Notable es el hecho que, a la época de su negligencia, el referido médico estaba en la sala de emergencias del hospital viendo a un paciente particular y fue requerido por un médico residente del hospital para examinar al paciente. Por consiguiente, en ese momento, el doctor culpable no estaba actuando en su empleo de director del departamento pediátrico sino que en forma particular. Aunque no fue enteramente discutido, una base aparente para fundamentar la responsabilidad civil del hospital fue el hecho de que el médico era un empleado de medio tiempo. De la misma manera fue decidido el caso James v. Holder 34 A.D. 2d 632. 309 N.Y.S. 2d 385 (1970), donde un médico particular era también un empleado de media jornada y había examinado a un paciente en su rol de empleado. El hospital fue considerado vicariamente responsable por la negligencia del doctor. Ver también Gistrap v. Osteopathic Sanitorium Co., 224 Mo. App. 798, 24 S.W.2d 249 (1929), y Newton County v. Nicholson, 132 Ga. App. 164, 207 S.E. 2d 659 (1974), cit. por Southwick, A. F., ob. cit. p. 259.

[66]Southwick, J.D., ob. cit., p. 247, cita el caso Capan v. Divine Providence Hospital, 410 A 2a ed., p. 649, donde la Corte de Apelaciones de Pennsylvania sostuvo lo siguiente: "First, the changing role of the hospital in society creates a likelihood that patients will look to the institution rather than the individual physician for care. (...) Thus, a patient today frequently enters the hospital seeking a wide range of hospital services rather than personal treatment by a particular physician. It would be absurd to require such a patient to be familiar with the law of respondeat superior, and so, inquire of each person who treated (plaintiff) whether he is an employee of the hospital or an independent contractor. (...) Similarly, it would be unfair to allow the 'secret limitation' on liability contained in a doctor's contract with the hospital to bind unknowing patient".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

jornada, radiólogos y enfermeras que prestan sus servicios incluso bajo el sistema de honorarios o contrato de servicios [67].

Sin embargo, la primera gran excepción a esta tendencia extensiva lo constituye la idea de que el hospital no es civilmente responsable respecto de los médicos elegidos y contratados directa y personalmente por el paciente sin intervención alguna del hospital demandado. En estos casos, y aunque dichos médicos atiendan al paciente dentro del hospital, con instrumental, equipos, fármacos, medicamentos y anestésicos proporcionados por éste, el establecimiento no es civilmente responsable de los daños culpablemente causados por aquéllos en el ejercicio de su *lex artis*, ya que se entiende que no existe el vínculo necesario entre el médico tratante —y su equipo— y el hospital respectivo, salvo que se logre probar alguna forma o grado de culpa en la organización o falta de servicio[68].

De esta forma, y en relación con la responsabilidad civil del hospital por los daños causados por la intervención de un equipo médico, es necesario distinguir la forma como el paciente contrató los referidos servicios médico-quirúrgicos.

Si el demandante sólo contrató dichos servicios con su médico particular y éste configuró el equipo médico con sus colaboradores más inmediatos (médicos ayudantes, anestesista y enfermeras especializadas), el hospital no sería civilmente responsable por las culpas de éstos, pues se trata de personas que no pertenecen al personal del mismo, salvo que exista una falta de servicio o culpa en la organización.

Si, por el contrario, el paciente ingresó al hospital para ser atendido por los médicos y demás personal auxiliar del propio hospital, éste podría llegar a ser civilmente responsable por los daños culpablemente causados por dichos dependientes, sin que el hospital pueda alegar que se trata de médicos autónomos e independientes.

Sin embargo, existe una creciente tendencia a considerar como civilmente responsable al hospital —aun cuando el jefe del equipo haya sido contratado directamente por la víctima— cuando el daño ha sido causado por la culpa de un miembro indeterminado del equipo médico[69]. Muchos de estos casos se refieren al oblito quirúrgico u olvido negligente

[67]Denning, L. J., en Cassidy v. Ministry of Health, 2 Q.B., 66 (1954), p. 82, sostuvo lo siguiente: "The hospital authorities are responsible for the whole of their staff, not only for the nurses and doctors, but also for the anaesthetists and the surgeon. It does not matter whether they are permanent or temporary, resident o visiting, whole-time or part-time. The hospital authorities are responsible for all of them. The reason is because, even if they are not servant, they are the agents of the hospital to give the treatment. The only exception is the case of consultants or anaesthetists selected and employed by the patient himself". Así también, Jones, M.A., ob. cit.,p. 396, nota 18, señala una serie de casos jurisprudenciales ingleses en los cuales el hospital ha sido declarado civilmente responsable por los daños culpablemente causados por: radiólogos; cirujanos residentes y farmacéuticos residentes, anestesistas, enfermeras, etc.

[68]Ejemplo de lo anterior es el caso Cooper v. Curry, 222 Ala. 673, 134 So. 23 (1931), cit. en Southwick, A. F., ob. cit., p. 347, en el cual fueron demandados tanto el hospital como un cirujano particular. En este caso el paciente había elegido a un cirujano y había discutido con él —en su oficina y previo a la hospitalización— la necesidad de una cirugía para corregir un problema de cataratas. El paciente solicitó expresamente que el procedimiento quirúrgico fuera realizado en los dos ojos durante la misma estadía en el hospital. La operación trajo como resultado que la paciente quedó ciega de los dos ojos. La paciente alegó, *inter alia*, que el médico no la había informado adecuadamente de los ríesgos que envolvía dicha cirugía y que el hospital tenía el deber de obtener su consentimiento informado antes de la operación. La mayoría de la Corte sostuvo que si el doctor contratado por la paciente no había cumplido con el deber de informar apropiadamente a ésta acerca de los riesgos de la cirugía, la negligencia, si alguna había, era suya y que el hospital no era responsable por los perjuicios que pudiera causar la negligencia de un médico que no era su empleado.

[69]Durante toda la época en que estuvo vigente en USA la doctrina de la "inmunidad de los hospitales sin fines de lucro" *(immunity of charitable hospitals)*, se aplicó en el *common law* norteamericano la doctrina del

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de material quirúrgico al interior del cuerpo del paciente operado. Esta tendencia se debe a que la práctica universal demuestra que el cirujano jefe de un equipo médico no tiene el tiempo, ni los conocimientos ni la capacidad para dirigir, vigilar y controlar todas y cada una de las acciones del personal especializado que conforma su grupo médico. Por esto no parece conveniente ni oportuno cargar toda la responsabilidad sobre el jefe del equipo y permitir que el hospital se exonere de toda responsabilidad alegando que los miembros de dicho equipo médico especializado no pertenecen a su *staff* permanente sino que fueron contratados directamente por el paciente.

La moderna doctrina del riesgo de empresa sostiene que el hospital —como empresa prestadora de un servicio más o menos integral de salud— sí tendría la capacidad de controlar los riesgos típicos o inherentes a su actividad, soportar el daño y distribuir su costo entre el mayor número de personas. Al establecer o imponer una responsabilidad civil sobre el hospital demandado se ayuda a crear un incentivo financiero para ser más cuidadosos en la selección, instrucción y regulación de las actividades que se realizan al interior del referido hospital[70].

Así también, y como manifestación de otro límite o excepción a esta tendencia expansiva del vínculo de subordinación, la doctrina y jurisprudencia extranjeras entienden que un hospital no es civilmente responsable cuando se limita a arrendar el quirófano y su instrumental quirúrgico a uno o varios cirujanos, quienes suelen contratar a su propio equipo médico, incluyendo a los anestesistas y las enfermeras especializadas.

Sin embargo, el hospital permanece como civilmente responsable en estos casos de excepción si el daño se debe a la negligencia de alguna enfermera del propio hospital que ayuda o colabora con el referido equipo médico, salvo que ella actúe por instrucciones precisas del médico jefe del equipo o bajo estricta subordinación de éste[71].

En definitiva los médicos que utilizan las instalaciones de una determinada clínica en virtud de un contrato de comodato, arrendamiento u otro título que les permita el uso de

"capitán de buque" en virtud de la cual el jefe del equipo médico era civilmente responsable por las culpas cometidas por cualquier miembro de su equipo durante la operación, aunque el miembro culpable sea dependiente o empleado del hospital respectivo (por ejemplo, auxiliar de anestesia, arsenalera y pabellonera). Esta doctrina iba siempre de la mano con aquella otra denominada *Borrowed servant doctrine* en virtud de la cual cuando un empleado permanente del hospital era utilizado por el jefe de un equipo médico para formar parte del mismo en una determinada operación, la culpa o negligencia de dicho auxiliar hacia civilmente responsable al jefe del equipo médico (empleador temporal) y no al hospital respectivo (empleador permanente). Así, Southwick, J.D., ob. cit., p. 248, señala que "as the number of persons on surgical teams has grown in size and as anaesthesiologists, nurses, surgical assistants, and anothers have been increasingly recognized as performing independent functions, the courts have in turn realized that imposition of vicarious liability on the chief surgeon for the negligent acts of all team members in not sound legal doctrine".

[70]Price, S. H., "The sinking of the captain of the ship: reexamining the vicarious liability of an operating surgeon for the negligence of assisting hospital personnel", en *The Journal of Legal Medicine*, vol. n° 10, number 2, U. of Pennsylvania, 1989, p.323.

[71]De esta forma Jones, M. A., ob.cit., pp. 293-299 señala —citando el caso Gold v. Essex County Council, 2 KB (1942)— que "surgeons do not normally employ nurses in the operating theatre or on the ward and will no be responsible for their negligence in carrying out the instructions that have been given with regard to the patient's treatment. Nursing staff remain the employees of the hospital, and if the hospital is not liable for the conduct of a nurse who is acting under the instructions of the surgeon or doctors the reason is 'not that pro has vice she ceases to be the servant of the hospital, but she is not guilty of negligence if she carries out orders of the surgeon, however negligent those orders may be'". Pero agrega ibidem, en nota 28, "however, note that a nurse does not

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sus instalaciones no hacen civilmente responsable al hospital por los daños culpablemente causados al paciente privado, salvo la falta de servicio o culpa en la organización del hospital.

En estos supuestos es usual que el cirujano y su equipo médico no sean dependientes o empleados del hospital e, incluso, que no admitan que la clínica arrendadora les imponga la contratación de profesionales que no conocen[72]. De esta forma, cualquier daño causado al paciente por culpa de algún miembro de este equipo médico independiente no es de responsabilidad del hospital salvo que se pueda probar una culpa en la organización del servicio arrendado (falta de servicio o culpa en la organización del hospital arrendador)[73].

Por último, cuando un médico atiende a sus propios pacientes en un centro médico —término con el cual nos referimos al lugar donde varios médicos tienen sus consultas privadas y se limitan a compartir infraestructura, instrumental y equipos, cuyos gastos son comunes—, la negligencia de uno de ellos no compromete la responsabilidad civil del centro médico y, por tanto, no hace civilmente responsables a los demás profesionales que forman parte del mismo.

necessarily act with reasonable care by mechanically following a doctor's order. If the instruction was obviously incorrect the nurse would have a duty to seek confirmation from the doctor".

[72]En relación con la práctica chilena, es interesante exponer lo discutido en un recurso de protección interpuesto por un grupo de médicos contra la Clínica Dávila por cuanto explica y aclara un poco la forma como puede operar el sistema de uso del pabellón e instrumental quirúrgico de un determinado hospital. De los hechos probados en la instancia se desprende que un grupo de médicos eran usuarios de la referida clínica en virtud de un contrato de uso suscrito con ella. Por esta razón ellos podían —al pedir pabellón— conformar libremente sus propios equipos médicos mediante la selección de los integrantes de su exclusiva confianza, con anestesista incluido. Sin embargo, la dirección médica de la clínica les envió una carta por la cual se establecía que para todas las intervenciones quirúrgicas en equipo que se realizaren en dicho establecimiento se debería contar obligatoriamente con anestesistas designados por la clínica y pertenecientes al *staff* de esta última (constituido por 16 anestesiólogos). Por este motivo dichos médicos interpusieron un recurso de protección por estimar lesionado el derecho a la libertad de trabajo y el derecho a la salud en el sentido de la libertad de elegir que tiene cada paciente el grupo de médicos que desee. Al emitir su informe, la clínica señaló que ella integraba todos los profesionales que trabajaban en ella y era responsable de la calidad de la atención de los pacientes. Además señaló que dicha medida —obligación de integrar los equipos médicos con anestesistas de la clínica— se aplicaba sólo a los médicos internos con el objeto de que en su actividad dentro de la clínica formen equipo con los anestesistas internos. De esta forma, esta medida no afectaba, en ningún caso, a los médicos externos de la clínica, quienes podían seguir formando equipos y concurriendo a las operaciones con sus propios anestesistas. La Corte de Apelaciones acogió el recurso y ordenó dejar sin efecto la medida adoptada por la clínica y declaró que todos los jefes de equipos quirúrgicos, sean externos o internos, tienen absoluta libertad para conformarlos a su más entera elección. La Corte Suprema revocó la sentencia de alzada y rechazó el recurso. Señaló que el Reglamento Interno de la Clínica Dávila dispone que su cuerpo médico (médicos internos, personal dependiente o *staff* permanente) desempeña sus funciones sujeto a la autoridad de la dirección y de acuerdo a su reglamento médico, en condiciones que aseguren una óptima calidad asistencial . De esta forma, la Corte Suprema entendió que la medida adoptada por la dirección —utilizar sólo anestesistas del *staff* de la clínica para configurar los equipos médicos— estaba dirigida única y exclusivamente a los médicos internos y no así a los externos, quienes podían seguir conformando sus equipos quirúrgicos con los anestesistas de su elección.

[73]Así por ejemplo, en España, la regla general es que el centro asistencial que sólo alquila el quirófano es civilmente responsable solamente de los dáños o lesiones derivados del mal funcionamiento del instrumental o de las instalaciones quirúrgicas pero no del hecho negligente de los miembros del equipo médico independiente que utiliza dichas instalaciones o instrumental. De esta forma, del resto de los posibles supuestos de negligencia serán responsables sólo aquellos que hayan arrendado el quirófano e incurrido en culpa médica. Por regla general, desde el momento en que el cirujano y su equipo no están en la nómina de personal del hospital, ése no es civilmente responsable de las acciones culpables que estas personas puedan realizar. Cfr. STS (1ª) de 16 de abril de 1991, cit. por Arrabal de Mata, P., ob.cit., p. 117.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VII. CONCLUSIONES

De todo lo anterior intentaremos sacar algunas conclusiones que constituyen, a nuestro juicio, ejemplos de las actuales tendencias en materia de responsabilidad civil médica y hospitalaria:

1) En primer término, la doctrina y la jurisprudencia distinguen claramente entre la responsabilidad civil del hospital y aquella que puede afectar al agente sanitario que causó directa y materialmente el daño. Se trataría de dos centros de imputación del deber de reparar diversos entre sí (el hospital y el agente sanitario causante directo del daño) y cuya responsabilidad civil se funda en criterios de imputación también distintos (el riesgo de empresa y la culpa subjetiva). En este sentido, la paulatina objetivación de la responsabilidad civil sólo se justifica respecto del hospital pero no respecto del causante directo del daño, el cual debe seguir respondiendo en base a la culpa profesional.

2) Por ello la responsabilidad civil de los médicos que trabajan o prestan sus servicios al interior de un hospital sigue basada en la idea de la culpa probada y, por tanto, en la falta de diligencia debida conforme a las exigencias de su propia *lex artis ad hoc*. En otras palabras, para que un profesional de la medicina —como persona natural— esté obligado a pagar una indemnización por daños causados con ocasión de una atención médica prestada al interior de un hospital, la víctima debe acreditar que aquél obró con dolo o culpa personal. A su respecto no se justifica aplicar los llamados instrumentos jurisprudenciales de objetivación que deben reservarse a los sujetos que transforman el acto médico en una actividad empresarialmente organizada y lucrativa.

3) La paulatina objetivación de la responsabilidad civil médica se ha ido produciendo —con mayor o menor fundamento— principalmente respecto de los hospitales —como empresas de servicios médicos— pero no respecto de los médicos o personal sanitario que trabaja en su interior, quienes siguen respondiendo sólo en base a la culpa personal y probada. De esta forma, en los supuestos de responsabilidad civil de los profesionales de la salud por infracción a los deberes de cuidado y diligencia emanados de su propia *lex artis ad hoc*, no son de generalizada aplicación los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa o mecanismos de objetivación de la responsabilidad civil.

4) En relación con el grado de diligencia exigida a los profesionales de la medicina, es claro que la obligación del médico y, más en general, la del personal sanitario que trabaja en el hospital, no es la de obtener —en todo caso y a todo evento— la curación o recuperación del enfermo, es decir, no es la suya una obligación de resultado sino una simple obligación de medios pues sólo está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de salud y el grado de avance de la ciencia médica. De esta manera, el grado de diligencia profesional dependerá de las circunstancias de tiempo, lugar y persona. En cambio la responsabilidad civil de la empresa médica no depende de su grado de diligencia o negligencia sino que se fundamenta en los criterios propios de la responsabilidad empresarial moderna[74].

[74]Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español en STS (1ª) de 10 de octubre de 1994 señaló que "reiteradamente ha proclamado la jurisprudencia que el contrato médico-hospitalario no es de resultado, es decir, que comprenda la consecución y asegure obtener la prestación de salud que se demanda, como algo que pudieran aportar los médicos, sino más bien se refiere a la procuración de que éstos, con todos sus conocimientos y elementos a su alcance, traten de lograr el restablecimiento de la salud dañada en cada caso concreto. Cuando se ocasiona un fallo constatado en dichos medios de curación es cuando surge la culpa y las consiguientes

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

5) Por otro lado, en los casos de responsabilidad civil hospitalaria se admite abiertamente la procedencia del llamado cúmulo u opción de responsabilidades, es decir, el concurso, la concurrencia o coexistencia de la responsabilidad extracontractual con la contractual de forma que el paciente puede —no obstante existir un vínculo jurídico con el demandado anterior al daño— elegir la vía extracontractual y demandar la indemnización de perjuicios conforme a la normativa de la responsabilidad aquiliana.

En este sentido, es una tendencia ya consolidada en el Derecho comparado el reconocer que, tratándose de daños corporales, a la vida o a la salud de una persona, procede la concurrencia, el cúmulo u opción de responsabilidades y, por tanto, la víctima puede —no obstante existir un contrato previo con el médico o con el hospital respectivo— perseguir la responsabilidad extracontractual del referido médico u hospital, haciendo caso omiso del contrato que lo unía con el demandado. De esta forma, en materia de daños causados en ejercicio de la medicina, la responsabilidad extracontractual se ha transformado en regla general y la contractual en una excepción.

La prueba de la existencia de un contrato de hospitalización y/o de asistencia sanitaria entre las partes litigantes no provoca la improcedencia de la acción extracontractual sino que, simplemente, ayuda a determinar con mayor precisión los deberes de cuidado a que se encuentra sometido el hospital y/o el médico respectivo.

Asimismo, y como hemos tenido ocasión de analizar en este trabajo, la prueba de un posible contrato de asistencia médica entre el paciente y el médico que le atiende (casos donde el paciente elige y contrata directamente al médico tratante), es un buen indicio para considerar que el médico no pertenece al personal permanente (*staff*) del hospital y, por tanto, sus hechos culpables no hacen civilmente responsable a este último pues se trataría de un contratante independiente.

Por este motivo en el Derecho comparado —salvo, quizá, en el derecho alemán, el que tiene un marcado carácter culpabilístico y contractual— las disquisiciones respecto de los eventuales deberes u obligaciones propias de los posibles contratos innominados o relaciones jurídicas que pueden surgir a raíz de una intervención quirúrgica al interior de un hospital no tienen mayor relevancia jurídica. Los casos prácticos son resueltos por la jurisprudencia comparada en el terreno extracontractual y sobre la base de la prueba de los hechos efectivamente acaecidos en el caso singular, con aplicación de la normativa aquiliana. Así por ejemplo, si se trata de la responsabilidad civil de una clínica por el suicidio de un enfermo siquiátrico que se arrojó por la ventana de la pieza donde se encontraba, el juicio

responsabilidades. (...) La salud no adquiere seguridad total porque se someta a control médico, sino que su evolución presenta situaciones incontroladas, muchas veces difíciles de determinar y, por ello, de atajar, pues si esto fuera posible, sí podría aflorar conducta culposa o negligente, lo que sucedería en todos los casos de atención médica, ya que los médicos no cuentan, en su disponibilidad científica, la facultad, y menos el poder, de curar con absoluta exactitud y seguridad, por lo que no se les puede exigir, pero sí y con mayor rigor posible, su diligencia, preparación y atención continuada y en todo momento, a los enfermos que a ellos se confían, por lo que integridad profesional difícilmente admite fisuras (...)". También la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Secc. 4ª) señaló que "en la conducta de los profesionales sanitarios queda, por regla general, descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, situándose en el concepto clásico de la culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en todo caso, sin que se le pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los supuestos de otro origen, estando por tanto de cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material física, ha de sumarse el reproche culpabilístico".

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no versará sobre la naturaleza jurídica del contrato de hospitalización siquiátrica —y, por tanto de los teóricos derechos y obligaciones de las partes contratantes—, sino en la determinación de si el centro asistencial demandado tenía no sólo la obligación de asistir médicamente al enfermo sino también de cuidarlo y vigilarlo para evitar que se suicidase. Si se logra acreditar que la causa del daño fue un error en el sistema de distribución de piezas —pues se le asignó una que tenía ventanas sin protección— o bien, el perjuicio se debió a un deficiente control o vigilancia del enfermo (por ejemplo, porque los monitores instalados en la pieza estaban malos o funcionaban en forma defectuosa), el hospital será civilmente responsable aunque intente acreditar que el contrato celebrado con el representante legal (familiar) del paciente sólo le obligaba a otorgar alojamiento o simple hotelería, pues todo lo demás corría por cuenta y riesgo del médico tratante y del familiar que lo internó.

Los eventuales derechos y obligaciones del pretendido contrato existente entre las partes sólo constituyen un buen indicio para determinar el grado de diligencia a la que está obligado el demandado pues, en definitiva, sus deberes de conducta o cuidado emanan no sólo del contrato sino de naturaleza propia de la actividad desplegada por el hospital, con independencia de todo vínculo contractual. Además, el contrato celebrado por el paciente/víctima con el médico tratante o particular puede ser una prueba adecuada para acreditar que éste no es miembro del personal dependiente del hospital y, por tanto, su culpa personal y probada no compromete la responsabilidad civil del hospital por el hecho ajeno.

6) Sin embargo, ¿dónde están determinados los deberes de cuidado del hospital y hasta dónde se extienden? Asimismo, ¿dónde están estipulados los deberes del médico/agente directo del daño y hasta dónde se extienden? ¿Cuándo debe entenderse que el daño fue causado sólo por el incumplimiento de los deberes de cuidado impuestos al agente directo del daño y, por tanto, no compromete la responsabilidad civil del hospital?

Para responder a estas interrogantes se debe determinar la forma como el médico atendió al paciente demandante y, por tanto, conocer si aquél actuó como empleado del hospital o como un simple contratante independiente. Si el médico/agente directo del daño es empleado o subordinado del hospital y actuó como tal, los deberes del médico/agente directo del daño cubren y se identifican con los deberes de cuidado del hospital, de manera que el hecho culpable y la responsabilidad civil del médico se identifica con el hecho culpable/responsabilidad civil del hospital. En este sentido, el contrato de hospitalización no sólo obligaría al hospital a prestar los deberes propios de la hotelería y asistencia sanitaria básica sino también le obliga a prestar una atención médica íntegra y segura.

Sin embargo, cuando el médico tratante —o su equipo— no es dependiente o subordinado del hospital demandado sino un profesional independiente que fue contratado directa y personalmente por la víctima, limitándose el hospital a facilitar sus instalaciones y personal auxiliar, éste no es civilmente responsable de los daños culpablemente causados por éstos últimos, ya que —en estos casos— el contrato de simple hospitalización no contempla la atención quirúrgica sino los servicios de hotelería y la atención sanitaria básica. De esta forma, y por regla general, los deberes de cuidado del hospital demandado —en este supuesto— se limitan a las prestaciones propias de todo contrato de hospedaje (simple alojamiento) y a las prestaciones médicas de rutina, sin que pese sobre el la responsabilidad por las culpas médicas propiamente tales. En estos casos, la única forma de llegar a declarar al hospital como civilmente responsable sería mediante la prueba de que éste incurrió en una falta de servicio o culpa en la organización.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

7) En relación con la responsabilidad civil del centro hospitalario es claro que se ha producido una paulatina objetivación de la misma en el sentido de que el fundamento de la obligación indemnizatoria ya no sólo es la culpa del centro sino también el riesgo de empresa. Este último no responde sólo por la culpa propia o de sus empleados sino también por el riesgo que significa el ofrecer al público y desarrollar una actividad médica en el mediano y largo plazo.

En este sentido se visualiza una paulatina transformación o desplazamiento en la aplicación de los instrumentos jurisprudenciales de objetivación, que va desde la persona del médico hacia el propio hospital demandado, cambiando así el centro y el criterio de imputación aplicable, pues el médico sólo responde de su culpa personal y probada, en cambio el hospital demandado puede llegar a ser civilmente responsable en virtud del criterio del riesgo de empresa.

De esta forma, el moderno hospital tiende a ser considerado como una verdadera empresa de servicios asistenciales que debe responder bajo los criterios propios del riesgo de empresa, al igual que los demás empresarios que ofrecen sus servicios en el mercado. Bajo esta moderna perspectiva ya no es necesario probar una culpa personal y concreta sino que el hospital demandado debe ser garante de todos los riesgos inherentes de la actividad médica empresarialmente organizada y desarrollada en el mediano o largo plazo.

8) En la mayoría de los países —como Chile— cuyos códigos civiles recogen un sistema de responsabilidad por culpa presunta, la responsabilidad civil del hospital sigue aferrada formalmente a la idea de culpa o negligencia (como el único criterio para atribuir o imputar al demandado la obligación indemnizatoria), de manera tal que la doctrina y la jurisprudencia no dejan de mencionar —aunque sólo sea como un tributo póstumo a la doctrina tradicional— la culpa *in eligendo vel vigilando* como el principal fundamento de la responsabilidad hospitalaria. En este sentido, en países como el nuestro, la culpa del hospital —aunque sólo sea formalmente— sigue siendo el único fundamento de los fallos condenatorios.

Sin embargo, ya no es necesario acreditar una culpa concreta y singular sino que basta con una culpa genérica e impersonal. De esta forma, la responsabilidad del hospital demandado es directa y surge con independencia de la eventual culpa del autor material del hecho (agente directo del daño). Son dos sujetos distintos y que responden por causas diferentes

9) Por otro lado, incluso en los países que recogen un sistema de responsabilidad vicaria —donde claramente la responsabilidad del hospital no se basa en la culpa de la entidad demandada— ha surgido la idea de la responsabilidad directa del hospital por culpa en la organización o falta de servicio. De esta forma, el fundamento del fallo condenatorio es alternativo, pues o bien responde con base al sistema vicario o bien con base a la culpa en la organización o falta del servicio.

Esto último se ha producido —en la mayoría de los casos— como respuesta a la necesidad de hacer civilmente responsable al hospital por el hecho de sus contratantes independientes, es decir, de los daños culpablemente causados por sujetos que no guardan una clara relación de subordinación y dependencia respecto del hospital demandado. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha ido creando especialísimos deberes de cuidado a cargo del hospital que lo hacen directamente responsable de la falla, error o mal funcionamiento del servicio ofrecido y prestado al paciente. Así, por ejemplo, el hospital

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puede llegar a ser civilmente responsable por errores o fallas en los sistemas de transfusión de sangre, aunque éste sea administrado por un laboratorio ajeno al hospital, toda vez que éste debe tener un sistema de vigilancia y control adecuado para evitar que, por culpa del laboratorio, se inyecte sangre contaminada al paciente.

10) En casi todos los sistemas jurídicos se constata el surgimiento de un nuevo criterio de imputación respecto del hospital y que convive con la culpa tradicional: se trata de la responsabilidad por falta de servicio o culpa en la organización. Así, por ejemplo, un hospital puede llegar a ser civilmente responsable por los errores en los sistemas de vigilancia de los enfermos siquiátricos; por las omisiones en los servicios de ambulancia o en los sistemas de enfermería (aunque éstas sean suministradas por entidades ajenas al hospital); por las fallas en los sistemas de comunicación interna del hospital para el aviso de emergencias o en el sistema de limpieza y prevención de contagios.

Creemos que la responsabilidad por falta de servicio o culpa en la organización no se identifica con la responsabilidad tradicional por culpa subjetiva, ya que el hospital no puede exonerarse de su obligación indemnizatoria probando su diligencia al modo tradicional (diligencia al elegir, controlar o supervisar correctamente el personal a su cargo o el instrumental utilizado) porque la "falta de servicio" o la "culpa en la organizacion" constituyen nuevos criterios de imputación del daño aquiliano y son, a nuestro entender, una clara manifestación de la tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil de la moderna empresa de servicios sanitarios.

11) En relación con la atención quirúrgica en equipo, existe una marcada tendencia a hacer civilmente responsable al hospital —y no al jefe del equipo— por las faltas, errores o actos negligentes de cualquiera de sus integrantes, salvo que el médico jefe haya sido contratado directamente por el paciente y haya aceptado que aquél conforme el equipo médico con personal ajeno al hospital. En este último evento, el hospital no será civilmente responsable por las culpas de estos últimos salvo que la causa del daño sea el error o la falta cometida por un empleado del hospital que fue invitado a participar de dicho grupo de trabajo (por ejemplo, la auxiliar del anestesista, la pabellonera o arsenalera).

12) Por regla general, no comprometen la responsabilidad civil de la empresa o entidad dueña del centro asistencial los daños causados por médicos que arriendan el quirófano u otras dependencias del hospital y por aquéllos contratados directamente por el paciente pero que no pertenecen al *staff* o personal permanente del hospital pues se entiende que dichos profesionales actúan por su cuenta y riesgo.

De esta forma, si es el paciente —antes o después de su hospitalización— el que solicita o exige la atención de su médico particular —acordando con él una determinada remuneración— y éste o su equipo médico es el que causa el daño, el hospital no será responsable por sus hechos negligentes.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK, R., *Las obligaciones,* 3ª edición, Editorial Ediar, Santiago, 1993.

ACOSTA RAMIREZ, V., *De la responsabilidad civil médica,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno,* Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

ALPA, G. y BESSONE, M., *La responsabilità civile,* 2ª ed., vol 1., Giuffrè, Milano, 1980.

BUERES, A. J., *Responsabilidad civil de los médicos,* vol. I, 2ª edición, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 1992.

CAVANILLAS MUGICA, S. y TAPIA FERNANDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual (tratamiento sustantivo y procesal),* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992.

CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia,* Aranzadi, Pamplona, 1987.

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado,* tomo XI, Editorial Jurídica de Chile (tomo V, de las obligaciones), Santiago, 1979.

DE ANGEL YAGUEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad (con especial atención a la reparación del daño),* Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, L., "El contrato de atencion médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N°l, Facultad de Derecho, U. Católica de Chile, 1989.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, L., "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, Facultad de Derecho, U. Catolica de Chile, 1988.

DIAS, R. y MARKESINIS, B.S., *Tort Law,* 2ª edition, Clarendon, Oxford, 1989.

DOMINGUEZ AGUILA, R., "Comentario de Jurisprudencia (a la sentencia de la C. de Santiago de 8 de septiembre de 1992)", en *Revista de Derecho* N° 193, año LXI, U. de Concepción, Concepción, 1993, pp.159 y ss.

FLEMING, J. G., *The Law of torts,* 7ª ed., The Law Book Co. Ltd., Sydney, 1987.

FLEMING, J.G., "Developments in the english law of medical liability", en Roady and Andersen (editors), *Professional Negligence*, Nashville, Tennessee, 1960.

GARCIA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, 1962.

GATICA PACHECO, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959.

HUET, J., "Considérations générales sur la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1986.

JONES, M., *Medical Negligence,* Swett & Maxwell, London, 1996.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual,* Editorial Civitas, Madrid, 1987.

MARKESINIS, B.S. & DEAKIN, S.F., *Tort Law,* 3ª edition, Clarendon, Oxford, 1994.

MOSSET ITURRASPE, J. , *Responsabilidad civil del médico,* Editorial Askea, Buenos Aires, 1979.

POZGAR, G. D. & SANTUCCI, N., *Legal Aspects of Health Care Administration,* Aspen Publishers Inc., Gaithersburg, Maryland, 1996.

Artículo: Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (Modernas tendencias jurisprudenciales)
Revista: Nº201, año LXV (En-Jun, 1997)
Autor: Pedro Zelaya Etchegaray

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

PRICE, S. H., "The sinting of the captain of the ship: reexamining the vicarious liability of an operating surgeon for the negligence of assisting hospital personnel", en *The Journal of Legal Medicine*, vol. N° 10, number 2, U. of Pennsylvania, 1989.

RAMOS PAZOS, R., "De la estipulación en favor de otro", en *Revista de Derecho* N° 193, año LXI, Facultad de Derecho, U. de Concepción, 1993, pp.7 y ss.

SOTO KLOSS, E., "Responsabilidad del Estado", Comentario a la sentencia de Corte Suprema de 9 de mayo de 1991 en autos caratulados "Cancino Rojas, Luis con Servicio de Salud del Maule", Queja rol N° 3359, en *Informe Constitucional* N° 144, Santiago, 21 de agosto de 1981.

SOUTHWICK, A. F., "Hospital Liability: Two Theories Have been Merged", en AA.VV., *Hospital Liability Law and Practice* (ed. by Goldsmith and Bartolet), 5ª ed., Practising Law Institute, New York, 1987.

VAZQUEZ FERREYRA, R., "La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico-sanitaria", en AA. VV. , *Responsabilidad civil del empresario,* Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho, U. de Los Andes, Santiago, 1996, pp. 167-184.

VAZQUEZ ROGAT, A., *La responsabilidad del Estado por los daños originados por la actividad o inactividad de los Servicios de Salud estatales en la jurisprudencia chilena,* Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, U. Gabriela Mistral, Santiago, 1995.

VINEY, G., "La responsabilité: conditions", en *Traité de Droit Civil*, dir. par G. Ghestin, tomo IV, L.G.D.J., Paris, 1982.

ZELAYA ETCHEGARAY, P., "La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente en el Código Civil alemán", en *Revista de Ciencias Sociales* N° 40, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U. de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, 1995, pp. 109-162.

ZELAYA ETCHEGARAY, P., "La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 90, N° 3, 1,1993, pp. 119 y ss.

ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente,* Editorial Aranzadi, Pamplona (España), 1995.

ZEPOS, P. J. and CHRISTODOULOU, P., "Professional Liability", en *International Encyclopedia of Comparative Law*, chapter 6, vol. XI (Torts), Tübingen, 1970, pp. 37 y ss.