



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS CLÍNICAS
POR LOS LLAMADOS MÉDICOS
“INDEPENDIENTES”**

**Tesis para optar al grado de Magister en Derecho mención Derecho
Privado**

AUTOR:
EDGARDO CAMPUSANO RAMOS

PROFESOR GUÍA:
HUGO CÁRDENAS VILLARREAL

Santiago, Chile
2015

A mi familia.

AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecer al profesor don Hugo Cárdenas Villarreal por las enriquecedoras lecciones entregadas y, asimismo, por su tiempo, dedicación y consejos en la planificación y revisión de la presente investigación.

A la Corporación Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) por financiar económicamente el Magister que he desarrollado.

A quienes conforman el tribunal encargado de evaluar mi tesis, por el tiempo dedicado en dicha tarea.

Y, por último, muy especialmente a mi familia que ha sido un apoyo constante e incondicional en este largo de viaje de tres años, puntal sin el cual nada de esto habría sido posible.

A todos ellos dedico el esfuerzo que ha significado este trabajo investigativo.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	1
----------------------	----------

PRIMERA PARTE: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	7
---	----------

Capítulo Primero. El contexto fáctico institucional. El nuevo escenario de la prestación de servicios médicos.	7
---	----------

1. El cambio de paradigma en la prestación de servicios sanatoriales.	7
2. La prestación medical en red.	22
3. Los nuevos actores de la práctica médica asociativa.	31
a. El grupo médico y el equipo médico.	34
b. Las Isapres.	44
c. Las sociedades de profesionales médicos.	56
4. La dinámica interna de los establecimientos clínicos.	62
a. Médicos vinculados laboralmente con el establecimiento de salud.	68
b. Médicos contratados a honorarios por el sanatorio.	72
c. Los llamados médicos “independientes” a la institución de salud.	76

Capítulo Segundo. El contexto dogmático jurídico. El particular escenario de la responsabilidad civil sanatorial.	82
--	-----------

1. La decadencia del sistema de responsabilidad civil individual.	82
2. Práctica mancomunada y responsabilidad individual: la paradójica posición de algunos autores.	89
3. Los cocatalizadores de la paradoja: la contractualización de la responsabilidad civil y el fraccionamiento del haz obligacional.	102
4. La consecuencia de la nueva tesis sostenida por las clínicas: su irresponsabilidad civil a consecuencia de los daños ocasionados por los médicos llamados “independientes”.	111
5. La defensa de las clínicas: desde la ausencia de dependencia hacia la negación de su carácter de prestador médico.	115
a. Primera etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede aquiliana: la defensa de las clínicas basadas en la ausencia de dependencia.	116

- b. Segunda etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede contractual: la metamorfosis de la defensa de las clínicas. _____ 125

SEGUNDA PARTE: LOS MODELOS DE SOLUCIÓN FRENTE A LAS RELACIONES SANATORIALES COMPUESTAS. _ 137

Capítulo Primero. Los modelos teóricos que singularizan la responsabilidad civil de los agentes sanatoriales. _____ 137

1. El modelo tripartito o de estipulación en favor de un tercero. _____ 144
 - a. El recogimiento de esta fórmula por la doctrina y jurisprudencia. _____ 145
 - b. Objeciones sustantivas a la teoría tripartita. _____ 158
 - i. El paciente como tercero. _____ 159
 - ii. La primacía de la relación de cobertura. _____ 164
 - iii. La estipulación en favor de tercero como un acto jurídico gratuito. ____ 165
 - iv. La privación del paciente de la acción resolutoria. _____ 169
 - v. La privación de remedios contractuales del promitente en contra del beneficiario. _____ 171
 - vi. Contradictorios efectos de la excepción de contrato no cumplido del promitente. _____ 172
 - vii. La dependencia del derecho del beneficiario al contrato de cobertura. 175
 - viii. El ánimo de la estipulación en favor de tercero. _____ 176
 - ix. La existencia de un beneficiario indeterminado. _____ 178
 - x. La eventual irresponsabilidad del estipulante. _____ 181
2. El modelo atomista o individualista de responsabilidad civil. _____ 183
 - a. El recogimiento de esta fórmula por los operadores jurídicos. _____ 184
 - b. La inexistencia del contrato de hotelería clínica entre el sanatorio y el paciente. _____ 198

Capítulo Segundo. El modelo bipartito que converge hacia la responsabilidad civil de las clínicas por los daños que causan los llamados médicos “independientes”. _____ 206

1. Un primer paso. El fallo “Salazar Navarro con Clínica Reñaca”. _____ 210
2. Argumentos para sustentar la tesis integral. _____ 217

a.	En atención a la búsqueda de coherencia y unificación de regímenes de responsabilidad por daños sanatoriales.	217
i.	La necesaria coherencia entre la forma en que se presta el servicio y el modelo de responsabilidad civil por daños.	217
ii.	La adopción de esta tesis avanza hacia la uniformidad de criterios de atribución entre el ámbito público y privado, al acercar el criterio de la culpa a aquél de la falta de servicio.	222
iii.	La evolución hacia la vigorización de la responsabilidad civil institucional, simplifica el régimen y se aviene al modelo bipartito.	230
b.	En atención a la realidad de la operatividad sanatorial.	238
i.	Si la clínica se aprovecha de los beneficios de la actuación de los médicos independientes, también debe sufrir las desventajas de ese actuar.	238
ii.	La legítima confianza creada en los pacientes de que los servicios son prestados conjuntamente entre el sanatorio y el médico independiente.	243
c.	En atención a la naturaleza jurídica de la obligación sanatorial.	251
i.	La normativa legal y reglamentaria impone la prestación médica a las instituciones de salud.	251
ii.	La tendencia objetivadora de la doctrina de entender que los deudores están obligados por el total de la deuda en materia médica, se aviene al reconocimiento de un contrato médico integral.	256
d.	En atención a la consecuencia que genera en el sistema y la legitimidad de su adopción.	262
i.	La adopción de este régimen incentiva a las empresas médicas a prevenir los daños, aliviando la carga individual de los médicos.	262
ii.	<i>La corporate negligence</i> del Derecho estadounidense otorga legitimidad a la adscripción de este régimen.	269

CONCLUSIONES. _____ **277**

BIBLIOGRAFÍA. _____ **284**

INTRODUCCIÓN

Para todos aquellos que en la vida profesional se mueven con cierta frecuencia dentro del ámbito de los Tribunales de Justicia, es fácilmente constatable la evolución que ha sufrido la responsabilidad civil sanatorial dentro del Derecho de Daños, con un aumento incontrolado de causas y condenas que dicen relación a negligencias cometidas en el ejercicio de la profesión médica, exigiendo la responsabilidad civil de alguno de los agentes sanatoriales que hubieren intervenido en el acto quirúrgico, con el objetivo de obtener la reparación del daño injustamente ocasionado al paciente.

En los últimos decenios, el conocimiento sobre esta materia ya no es privativo de los profesionales del Derecho, traspasando las fronteras jurídicas y académicas para transformarse en un tema de rutinario conocimiento de cara a la sociedad, encontrando constante difusión en diversos medios de información como los diarios, la televisión, la radio y el internet.

Esta relevancia sobrevenida que ha tenido el campo de la responsabilidad civil sanatorial, se ha traducido en una multiplicación de los aportes intelectuales que dedican sus esfuerzos a contribuir a un tratamiento acucioso y sistemático de los planteamientos de esta área del Derecho, acrecentando el acervo lingüístico y conceptual del gremio jurídico,

encontrándose en ella una beta fructífera e interesante para la inclusión de modernas construcciones dogmáticas, dada su mayor sensibilidad a los cambios socioculturales que se imponen en este medio.

Esta condensación de la cultura jurídica sanitaria culminó, hace no mucho, con la promulgación de la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud¹, lo cual demuestra cómo se ha arraigado en el mundo de los profesionales de la salud, abogados y académicos un bagaje semántico y de derechos iusfundamentales asociado a materias sanitarias.

Este aumento explosivo de obras literarias que se ocupan de los problemas propios de la responsabilidad civil médica, deja pocos espacios para la innovación en este campo, siendo usual obras que se dedican a temas ya estudiados, aunque con algún prisma que les brinde cierta originalidad y que justifique su estudio.

Sin embargo, dentro del sinnúmero de artículos dedicados a la responsabilidad civil de los operadores sanitarios, existe un tópico que carece de tratamiento – o si se quiere de un trato adecuado – por la ciencia jurídica y que bien vale la pena asumir su reflexión para abogar por una sistematización de este campo de estudio. Esta materia dice relación a aquellos supuestos en que un galeno, que no pertenecen al personal corporativo de una institución de

¹ Ley que fue publicada en el Diario Oficial el día 24 de septiembre del año 2012, entrando en vigencia el día 01 de octubre del mismo año.

salud, causa negligentemente daños a un paciente, mientras práctica una intervención quirúrgica en dependencias de una clínica.

El dilema que nace bajo la hipótesis propuesta, consiste en determinar si la clínica deberá responder civilmente por los daños que ocasionen estos médicos que son catalogados en doctrina como “independientes”, o si, por el contrario, el actuar negligente del facultativo “independiente” no se contagia o irradia al centro asistencial, eximiéndole de la responsabilidad civil que derive de los actos médicos de estos galenos, gozando de regímenes autónomos de responsabilidad civil frente a los daños que éstos ocasionen.

No desconocemos que la polémica referente a los llamados “médicos independientes” ha sido abordada por parte la doctrina y jurisprudencia, pero desde una perspectiva distinta, pues usualmente las discusiones obedecen a la extensión del concepto de dependencia o vínculo de dependencia, con el objeto de encuadrar dentro de esa categoría a facultativos que no tienen expresos lazos laborales con los sanatorios, haciendo civilmente responsables por el hecho ajeno a los establecimientos asistenciales. La cuestión a dilucidar aquí es diferente.

La presente investigación enfoca el problema en la nueva sede en que se ventilan los juicios de responsabilidad civil sanitaria, esto es, en la égida contractual, en el cual el vínculo de dependencia pierde importancia, debiendo introducirnos en las profundidades de la relación jurídica médico-clínica-

paciente para dilucidar el preciso contenido de las obligaciones que asumen los deudores de la prestación sanitaria a efectos de determinar si la clínica debe o no asumir responsabilidad civil por los daños causados en sus dependencias por médicos que no conforman parte de su organización.

La ausencia de material bibliográfico sobre esta temática, más allá de ciertas referencias asistemáticas en algunos artículos y textos jurídicos, nos anima a asumir el desafío de desentrañar su dinámica, más aún cuando en este último tiempo se ha ido robusteciendo una defensa judicial de parte de los establecimientos de salud tendiente a exonerarse de toda responsabilidad civil, en los casos que pacientes se dirigen primeramente donde un médico “independiente” para pactar una determinada intervención quirúrgica, al aducir no corresponderle la ejecución de los servicios estrictamente médicos, que serían de exclusiva responsabilidad de esos galenos.

La robustez de esta excepción se materializa en la recurrencia y transversalidad con que asoma en los juicios de responsabilidad civil médica, amenazando con convertirse en la defensa “tipo” de los establecimientos sanatoriales para juicios de esta clase, que podrían estabilizar una posición que propugne su irresponsabilidad civil por actos médicos de estos facultativos, lo que redundaría en un franco desmedro para los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de los pacientes.

La hipótesis que se patrocina en la presente investigación, en términos generales, consiste en que todos los casos en que se causa un daño a un paciente en dependencias de alguna clínica, cuando se ejecuta un acto médico quirúrgico por parte de aquellos médicos que la doctrina ha denominado “independientes”, el sanatorio debe asumir la responsabilidad civil con el objeto de reparar el daño injustamente ocasionado a la víctima, atendido a que es parte de un contrato médico integral en el cual asume la posición de deudor en conjunto al galeno independiente.

Si, en definitiva, se logra comprobar la hipótesis propuesta, constituirá un aporte relevante para la sistematización de esta área del Derecho de Daños y, conjuntamente, impactará positivamente en la comprensión de los juicios de responsabilidad civil que se ventilen en los tribunales de nuestro país.

El sistema metodológico que será empleado para la realización de este trabajo será la investigación teórico-dogmática de carácter propositiva, y la técnica de investigación utilizada será la documental bibliográfica o fichaje.

Desde un aspecto formal, la presente tesis consta de dos partes. La primera, expone el problema a tratar, subdividiéndola a su vez en dos capítulos, en el primero se enfoca en el contexto fáctico institucional de carácter mancomunado en que se desenvuelve el nuevo escenario de la prestación de servicios médicos y, en el segundo capítulo, se desarrollará el contexto dogmático jurídico, que se basa en esquemas de responsabilidad

eminentemente individualistas, contradicción con el sistema factual que otorga los cimientos para edificar la defensa de irresponsabilidad civil que han postulado los establecimientos de salud.

La segunda parte aborda derechamente nuestra respuesta o solución al problema planteado. En el primer capítulo de esta parte, nos avocamos a objetar aquellos modelos teóricos que singularizan o particularizan la responsabilidad civil de los agentes sanatoriales, al disociar sus ámbitos de prestación, lo que se traduce, finalmente, en la irresponsabilidad civil de las clínicas por los daños que causan los llamados médicos “independientes”, y, en el segundo capítulo, esbozamos los argumentos que fundamentan el por qué debe reconocerse que las clínicas son civilmente responsables por los daños causados a los pacientes con ocasión de actos médico-quirúrgicos practicados por los llamados galenos “independientes”, sobre la base de un modelo bipartito o de contrato médico integral.

Finalizará el presente trabajo con la exposición de las conclusiones que ha arrojado este estudio.

PRIMERA PARTE: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Capítulo Primero. El contexto fáctico institucional. El nuevo escenario de la prestación de servicios médicos.

SUMARIO: *1. El cambio de paradigma en la prestación de servicios sanatoriales. 2. La prestación medical en red. 3. Los nuevos actores de la práctica médica asociativa. a. El grupo médico y el equipo médico. b. Las Isapres. c. Las sociedades de profesionales médicos. 4. La dinámica interna de los establecimientos clínicos. a. Médicos vinculados laboralmente con el establecimiento de salud. b. Médicos contratados a honorarios por el sanatorio. c. Los llamados médicos “independientes” a la institución de salud.*

1. El cambio de paradigma en la prestación de servicios sanatoriales.

Parece apropiado para dar inicio al análisis de esta investigación, describir el contexto fáctico y social en el cual se desenvuelve el mercado de la salud en Chile y la ejecución de la prestación medical, dando cuenta de las grandes transformaciones que han sufrido en los últimos decenios. Será éste el punto de partida para el examen ulterior de la responsabilidad civil en esta interesante área del Derecho de Daños.

El mundo contemporáneo se caracteriza por una mejora, en términos globales, de las condiciones de vida de la humanidad, para lo cual pone a disposición de la población mayor cantidad y mejor calidad de bienes y servicios en la búsqueda del desarrollo de la sociedad, que ve satisfecha sus múltiples

necesidades. Este nuevo panorama ha tenido como común denominador la necesidad ineludible del hombre de actuar conglomeradamente para alcanzar sus objetivos, forzándolo a crear estructuras sociales intermedias entre el Estado y el individuo, más o menos complejas, que le sirvan de instrumentos facilitadores para conseguir tales intereses.

En este sentido, la sociedad moderna exige un actuar mancomunado de los individuos, tendencia que se explica en un cambio de índole cualitativo operada en la dinámica del mercado, que se caracteriza por el anonimato y objetivación de las fuerzas sociales, con una paulatina pérdida de identidad de la persona humana. Así, en el ámbito económico, se ha dado paso desde el capitalismo liberal al capitalismo industrial y de revolución tecnológica².

Es que, parece indudable que cualquier individuo inserto en un grupo social adquiere una dimensión distinta y fecunda para la obtención de sus objetivos, ya que dicha estructura le otorga un poder agigantado por la masa y le entrega herramientas para la consecución de sus fines, que aislado le sería imposible alcanzar.

Nuestra carta fundamental haciendo eco de este fenómeno colectivista, reconoce y ampara la unión de los hombres, en el convencimiento que éstas constituirán un pilar fundamental para el progreso de la sociedad. Sin embargo, tal protección no está destinada a cualquier agrupación de individuos, sino tan

² LORENZETTI, Ricardo. 1986. Responsabilidad civil de los médicos. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 23p.

sólo a aquellas en que existan lazos de unidad y de permanencia que justifiquen el amparo del interés socialmente relevante. La Constitución los denominó “grupos intermedios”, instaurándolos como una de las bases de la institucionalidad³, además de reconocer como derechos fundamentales inalienables de la persona, aquellos que fomentan la reunión y asociación, manifestaciones claras del espíritu colectivista que la carta fundamental busca salvaguardar.

Es así como, hoy en día, el ser humano puede vanagloriarse de pocas tareas que pueda llevar a cabo exitosamente de manera aislada. El hombre en su calidad de “animal social”, ha socializado la mayoría de su actuar con la finalidad de explotar de mejor manera la materia prima que le concede su entorno. Así, por ejemplo, la utilización de las máquinas, la industria, la tecnología, la agricultura, la economía, los servicios inmateriales y, en general, la amplia gama de actuaciones de las personas en sociedad, se han orientado a

³ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º, inciso 3º, de la Constitución Política de la República. En este sentido, el jurista Sergio Diez Urzúa, señaló que “el reconocimiento y amparo a los grupos intermedios que consagra el artículo 1º de la Constitución se explica porque en una Nación bien constituida hay siempre un propósito de integración de la sociedad en el Estado. Esta sociedad la conforman obviamente las personas, la familia y estos grupos intermedios. Todos ellos se integran a la sociedad para asumir funciones y cumplir tareas, de tal manera que al Estado sólo le corresponde asumir directamente aquellas que las personas y las sociedades intermedias no están en condiciones de cumplir, o porque desbordan sus posibilidades o porque son de tal importancia para la colectividad que no es aconsejable dejarlas entregadas a grupos particulares, como la defensa nacional, la prevención masiva de la salud, etc.”. DIEZ U., Sergio. 1999. Personas y valores: su protección constitucional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 72p.

fórmulas asociativas en desmedro de las individualistas, de menor eficiencia productiva.

De este modo, en este mundo postmoderno en que vivimos, se desarrollan una serie de fenómenos sociales que caracterizan y definen la realidad que nos rodea: en primer lugar, la masificación de la sociedad, que se ha dado en centros urbanos de manera francamente incontrolable, confinando al individuo al olvido frente a la relevancia de las masas; en segundo término, el prodigioso desarrollo de la tecnología, que ha transformado los aparatos con que la población satisface sus necesidades logrando en la actualidad enormes avances en todas las áreas de la ciencia; y por último, la globalización, que ha revolucionado la forma en que se desenvuelve la sociedad tornando al mundo en una aldea global intercomunicada de manera permanente⁴.

Una de las expresiones de la nueva forma que asume la sociedad moderna, se manifiesta precisamente en el ejercicio de las profesiones liberales, que tienen una tradición esencialmente individualista, pero que bajo el influjo de la globalización e industrialización, se ha visto forzada a romper sus moldes para adaptarse a las nuevas exigencias de la vida contemporánea que

⁴ RODRIGUEZ G., Pablo. 2010. Responsabilidad extracontractual colectiva. Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo (21): 9p.

reclaman la prestación mancomunada del servicio para multiplicar su eficiencia⁵.

En este sentido la opinión de Hernán Corral Talciani quien, refiriéndose a la realidad colectiva de las profesiones liberales, sostiene que “en las sociedades modernas las profesiones liberales difícilmente se ejercen de manera individual y lo corriente es que se formen equipos en que confluyen profesionales de la misma o diversas profesiones. La confluencia puede darse de hecho, como una organización no formalizada jurídicamente, pero que opera como grupo, o mediante la constitución de una sociedad de servicios profesionales”⁶.

Así, la práctica colectiva o pluriparticipativa de las actividades profesionales, ha superado y desplazado el ejercicio individual de las mismas, desterrándola a espacios extravagantes y carentes de impacto en el mundo globalizado, que indolente impone su paso, dejando atrás la práctica individual de la profesión, la que se ha tornado irremediabilmente menos eficaz en una sociedad impactada por la industrialización de la economía.

Dentro de la amplia gama de profesiones, la medicina, aunque de manera más pausada, también se ha visto alcanzada por la sociabilización de

⁵ Basta sólo cavilar en la forma en que se estructura el ejercicio profesional de los abogados, los médicos, los ingenieros, los periodistas, los publicistas, los arquitectos, entre otros, para reparar cómo ellas han abandonado la ejecución individual de sus labores, dando paso a la práctica colectiva de las mismas.

⁶ CORRAL T., Hernán. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 276p.

su práctica profesional, siendo hoy en día la ejecución de un acto galénico individual, un supuesto que configura un verdadero caso de excepción en la práctica médica, imponiéndose la atención masiva, despersonalizada y fraccionada de un conjunto de profesionales médicos, lo que constituye la regla general.

Hace apenas unas décadas, lo usual al imaginar la prestación médica, era aquel denominado “médico de familia” o “médico de cabecera”, quien contaba con la plena confianza del paciente, algo similar a un sacerdote⁷ o confidente, al cual se le tenía un respeto, admiración y una confianza ciega, que justificaba ser el único galeno de la familia.

En el presente sanatorial, la realidad es bastante distinta⁸. Se ha relajado y ha perdido importancia la relación médico-paciente, la que se encuentra en una segunda línea, frente a la aparición de las empresas sanatoriales que acaparan el mercado de la salud.

⁷ El académico argentino Jorge Mosset Iturraspe, utiliza la expresión “medicina sacerdocio” indicando que “el médico mantiene intactos sus sentimientos: su aptitud para emocionarse, apasionarse y sacrificarse por el enfermo. Tiene ‘tiempo’ para dedicarlo a la enfermedad: el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento, son hijos de ese tiempo de meditación, estudio y atención. El paciente sigue siendo un ser humano que desea comunicarse, expresarse, hacerse comprender y, ¿por qué no?, querer. El médico lo sabe y por ello lo deja hablar, lo escucha, mantiene con él un diálogo fraterno y esperanzado”. MOSSET I., Jorge. 1985. Responsabilidad civil del médico. Buenos Aires, Astrea. 34p.

⁸ Corral Talciani, dando cuenta de esta transformación, lo describe diciendo que la salud se mira como un derecho, perdiéndose esa veneración casi religiosa que se tenía respecto del médico. CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 278p.

La industria sanatorial es, entonces, la nueva medicina de la sociedad de masas, dejando atrás el atributo personalista de la relación galeno-paciente de antaño, la que dio paso a esquemas de organización estrictamente empresariales. En este sentido, el profesor Lorenzetti ha dicho que “el centro asistencial masivo constituye un fenómeno complejo, que exhibe sus propias leyes visibles e invisibles. Estos centros tienen una estructura netamente empresaria, una verdadera organización de los factores de producción. Los pacientes son considerados como clientes, y entonces, es preciso asegurar que van a pagar el servicio, lo que lleva, como de la mano, a la exigencia de depósitos previos a las atenciones, al ejercicio de un derecho de retención sobre el paciente para que sus familiares obtengan los recursos para el pago, y varias formas similares, que tienen el mismo objetivo”⁹.

Incluso, en aquellos casos en que el paciente contrata directamente con un galeno que atiende de forma aislada al sanatorio, la práctica profesional se colectiviza, pues en el evento de requerirse de una atención de mayor especificidad y complejidad, se sugerirá y conducirá a las empresas sanatoriales con las que el facultativo tenga un convenio o que le hayan concedido un privilegio para utilizar sus instalaciones, las que colaborarán en la atención del padecimiento del enfermo.

⁹ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 37p.

Así, son sólo aquellos centros socializados de salud los que cuentan con un grupo humano suficientemente calificado para atender las necesidades del paciente; son sólo tales instituciones las que ponen a disposición de los consumidores una amplia gama de especialidades; son sólo estos centros socializados de salud los que cuentan con la infraestructura y tecnología necesarias para montar los instrumentos y maquinaria medical necesaria para detectar, tratar y recuperar a los enfermos, siendo en gran medida éstos los grandes responsables de la revolución tecnológica de ha sufrido la práctica médica que hace apenas un siglo atrás utilizaba procedimientos que en la época actual podríamos calificar de poco depurados y riesgosos¹⁰.

Tan notorio es este fenómeno colectivo en la organización médica, que ya no sólo la prestación sanitaria en su conjunto y en distintas etapas se practica de manera mancomunada, sino que aquello que antes era eminentemente individual, como el acto médico propiamente tal, se realiza de manera pluripersonal, por un conjunto de facultativos que actúan sucesiva o simultáneamente cada uno en la especialidad que le es propia.

¹⁰ Solo baste citar como ejemplo, que el primer trasplante de órganos del mundo ocurrió recién en diciembre de 1954, en el *Brigham Hospital* de la ciudad de Boston en Estados Unidos, en que un equipo médico quirúrgico liderado por J.P. Merrill y J. Murray, realizó con éxito el trasplante de un riñón entre gemelos idénticos. Por su parte, el turno chileno llegaría doce años más tarde, a fines de 1966, en que se practicó el primer trasplante renal desde una persona fallecida a otra viva, procedimiento que se llevó a cabo en el Hospital Clínico de la Universidad de Chile (en ese entonces Hospital José Joaquín Aguirre).

Como si lo anterior fuera poco, dentro del mismo establecimiento médico se sitúan organismos ajenos a la institución clínica, aunque con servicios complementarios a su función, tales como los laboratorios de salud, los bancos de sangre, las Isapres con las que exista convenio, quienes aunque jurídicamente independientes a la entidad médica¹¹, prestan sus servicios en un mismo lugar físico, con el objeto de cerrar un círculo de satisfacción de necesidades de los pacientes, transformando a aquellos centros en una verdadera red asistencial de salud que funciona empresarialmente organizada.

En la época moderna, parece inimaginable el ejercicio de la medicina sin este conjunto de prestadores organizados en red, pues frente a eventuales contingencias adversas se requiere de un nutrido contingente de profesionales e instituciones que participen asociadamente para satisfacer el interés económico-social de los pacientes.

De este modo, en la medicina moderna, cada uno de los sujetos que intervienen en la prestación médica colectiva, son átomos que conforman una molécula compuesta por un conjunto de redes y entramado de vínculos, los que se encuentran organizados y estructurados para brindar sus servicios de manera asociativa. Comoquiera que sea, puede sostenerse, sin ambages, que

¹¹ Decimos jurídicamente mirado desde su conformación, puesto que en la práctica – según veremos – las sociedades que conforman el ropaje jurídico de los centros de salud se relacionen directa o indirectamente con estas entidades que le sirven de complemento. Es precisamente lo que sucede respecto a las Isapres, instituciones de financiamiento de la salud que comparten un mismo controlador común, usualmente representado por un *holding* empresarial.

el paciente se transformó en un verdadero cliente de la medicina moderna y, como contrapartida, la medicina moderna se convirtió en una verdadera industria sanatorial que satisface de manera organizada y pluriparticipativa las necesidades de sus clientes. No por nada el fallecido médico argentino, Aquiles Roncorini concluía que “hemos pasado de la era del médico y del paciente a la era del pagador”¹².

La consecuencia inexorable de esta visión empresarial de la medicina, es el fenómeno de la despersonalización o deshumanización de la medicina, lo que se traduce en un alejamiento del vínculo personal e íntimo que tenía el enfermo con el galeno¹³. El hombre pasó a considerarse de manera insensible como un usuario anónimo, en la cual más que la persona importa la ficha clínica en que constan sus antecedentes, sin lazo alguno de intimidad y confianza entre uno y otro¹⁴.

¹² RONCORONI, Aquiles. El cuidado de la salud en el fin del milenio. Diario “La Nación”, Argentina, ejemplar del 17 de febrero de 1997, 17p. Citado por KRAUT, Alfredo. 1998. Responsabilidad civil de los psiquiatras (en el contexto de la práctica médica). Buenos Aires, La Rocca. 44p.

¹³ Véase: FRIGIERI, Víctor. 2000. Responsabilidad médica relación médico-paciente. Primeras Jornadas de Derecho Médico, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (2): 39-46pp.

¹⁴ Destaca el profesor español Eugenio Llamas Pombo, que una consecuencia del fenómeno de despersonalización de la medicina es el aumento de costos para los pacientes, debido al comportamiento escrupuloso, pero comprensible de los médicos que frente al desconocimiento de los comportamientos patológicos del paciente, fuerza a un conjunto de medidas precautorias, solicitando un sinnúmero de exámenes y documentación que evidentemente encarecen la prestación del servicio, a lo que se le ha denominado “medicina defensiva”. LLAMAS P., Eugenio. 1998. La responsabilidad civil del médico. Madrid, Trivium. 264p.

El paciente ya no recurre al médico “amigo” para que lo cure, sino que se dirige directamente a centros colectivos de salud, ya sean clínicas, hospitales o agrupaciones de médicos que tienen convenios con los establecimientos de salud, quienes disponen de la infraestructura y tecnología de diagnóstico y tratamiento apropiada para hacer frente a estas contingencias. Existe una evolución del interés de los pacientes: desde exigir el prestigio del médico hacia la búsqueda de reputación del centro de salud en el cual se atiende.

No son en vano entonces las palabras de Jorge Mosset Iturraspe, quien concluye que “la sociedad de personas ha sido sustituida, en buena medida, por la sociedad de masas y, como una consecuencia, la medicina personalizada ha dejado paso a la medicina masificada. [...] el afán de trabajar por la humanidad o el bien común, el amor a los semejantes, la preocupación por ‘ser más’, por la sabiduría y lo que ella significa, han cedido el paso a la pasión por la riqueza”¹⁵.

La agitación del ejercicio de la medicina colectiva se ve auxiliada asimismo, por la compleja especialización que vive hoy el mundo médico. Los increíbles avances científicos en materia sanatorial impiden que una sola persona domine la totalidad de técnicas, conocimientos y aptitudes de la profesión, por lo que el facultativo sólo es capaz de profundizar en un área específica de la ciencia, lo que trae consigo la dispersión de las tareas, pues quienes antes dominaban un conjunto de saberes de sanación más bien

¹⁵ MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 31-32pp.

indeterminados han dado paso a los médicos peritos en una rama específica de la ciencia médica, redundando en una falta de comprensión global de las enfermedades que padecen los pacientes¹⁶. Si bien es indeseable esa forma de proceder, resulta inevitable dado el empuje y el dinamismo del sistema económico mercantilista, que exige la producción en serie y la mayor eficiencia en la prestación de servicios.

Pues bien, sea que se considere positiva o negativa la especialización en la moderna medicina, lo cierto es que esta restricción en el campo de estudio médico, favorece la ejecución colectiva de la prestación médica, pues se requiere de la participación de un conjunto de profesionales especialistas en cada campo, para llevar a cabo una intervención compleja, so riesgo de calificar de irremediablemente negligente la actuación de quien intervino fuera de su ámbito de dominio causando un daño injustificado al paciente¹⁷.

¹⁶ Mosset Iturraspe advierte la inconveniencia de esta forma de ejercer la profesión médica, dado a que conlleva a la ignorancia sobre todo el resto de la medicina y, además, porque complejiza, demora y encarece la prestación del servicio, denominándolo como la “barbarie del especialista” siguiendo la noción de Ortega y Gasset. MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 31p. A su vez, parte de la doctrina, discrepa, no sin razón, sobre las críticas que se hacen a la especialización sanatorial, considerándola como una natural consecuencia de la evolución del ejercicio médico, pues, a su juicio, los médicos especialistas conocen bien la medicina y mejor un sector parcializado de ella. Se preguntan, con agudeza, “los que así opinan [respecto de aquellos críticos de la especialización], ¿ante quién someterían una operación de neurinoma del nervio acústico o el tratamiento de una disfunción testicular; con un médico general o con un especialista? La respuesta fluye sin ningún esfuerzo”. YUNGANO, Arturo; LÓPEZ, Jorge; POGGI, Víctor y BRUNO, Antonio. 1982. Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas. Buenos Aires, Editorial Universidad. 55p.

¹⁷ En este sentido, LLAMAS P., Eugenio. Ob. cit. (1998), 258p.

Igualmente ha incidido en la colectivización del ejercicio de la medicina la creciente judicialización de la responsabilidad médica, esto es, la tendencia de la sociedad moderna a exigir reparación de todo daño que se le cause al paciente en el ejercicio de la práctica médica, frente al despertar de los pacientes que han comprendido que son sujetos con derechos frente a terceros, disminuyendo su tolerancia frente a los daños que consideren injustos. Esta menor tolerancia de los individuos a sufrir perjuicios derivados de actos clínicos, se explica en parte también por la terrenificación del médico¹⁸, quien pasó de ser un enviado de Dios, intocable por sus saberes médicos, a un profesional con virtudes y defectos, al que puede hacerse responsable por las ofensas causadas negligentemente en el ejercicio de su actividad y a la insensibilidad que se tiene hacia el paciente o la cosificación del enfermo, que se ha transformado en una “simple partícula indiferenciada y minúscula de una sociedad de masas, dominada por las fuerzas avasallantes de la economía y la política”¹⁹.

Consecuencialmente, tal fenómeno ha forzado a los médicos a mancomunarse con el objetivo de diluir la responsabilidad que les es propia al actuar en grupo, pues la masa le brinda invisibilidad y le permite camuflar la torpeza. Así como quien no ha sido dotado de una buena voz y canta en un

¹⁸ Corral Talciani alude de la “desclarización del profesional médico”. CORRAL T., Hernán. 2004. Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus servicios de salud. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3): 149p.

¹⁹ ORGAZ, Alfredo. s.a. El consentimiento del damnificado. Revista La Ley (150): 962p.

coro para que el resonar del conjunto disimule sus deficiencias vocales; en el caso médico y frente a esta fiebre por su responsabilidad, los facultativos prefieren un actuar en grupo valiéndose de la pluriparticipación de individuos para disimular la causa de cualquier menoscabo que pueda haberse ocasionado negligentemente.

En suma, se han constituido verdaderas empresas sanatoriales, profesionalizando la cadena de producción médica, fragmentando las funciones entre distintos agentes galénicos con la finalidad de multiplicar la producción y el servicio, haciendo gala de un esquema de costos e ingresos similares al de servicios de comida rápida, turísticos, industriales y del *retail*²⁰. La colectivización de la medicina es una respuesta práctica de aquella profesión a las exigencias de la sociedad contemporánea, que bajo el alero de la globalización²¹, exige una mejor respuesta frente a sus requerimientos, lo que se tradujo en una transformación del andamiaje que los guarnecía a fórmulas empresariales típicas y consolidadas basadas en la prestación social del servicio.

²⁰ Con todo lo que llevo dicho, no quiero negar la relevancia que ha tenido para la sociedad esta nueva concepción de la medicina, pues como destaca el académico argentino Ricardo Lorenzetti, “este tipo de prestación colectiva exhibe notorias ventajas, entre las cuales podemos señalar la posibilidad de alcanzar un nivel de perfeccionamiento antes nunca imaginado, el acceso a tecnología sofisticada, la conformación de equipos de trabajo, la democratización de la prestación. En nuestros tiempos, ya la gran mayoría de los pacientes acceden a la atención a través de las obras sociales”. LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 37p.

²¹ Véase: SIERRA A., Guillermo. 2004. Los médicos ante la globalización mundial. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3): 37-45pp.

Todos estos nuevos fenómenos a los que vengo haciendo referencia²², dan cuenta de una transformación del escenario fáctico y social de la forma de prestar los servicios de salud, la que ha sido denominada por la doctrina como ejercicio colectivo de la medicina, macromedicina, colectivización del ejercicio médico, pluriparticipación médica, entre otras, que apuntan a la moderna forma en que se prestan dichos servicios. Esta metamorfosis del paradigma factual, ha teñido con sus propias características la contratación de los servicios sanatoriales, y ha dado lugar a problemas interpretativos sobre qué tipo de relación jurídica vincula a pacientes, facultativos y sanatorios, cómo distinguir los efectos jurídicos frente a la intervención de empleados del hospital o a médicos sin relación a la institución; si, en el evento de configurarse tal responsabilidad, deben soportar estos daños los galenos, los establecimientos

²² No obstante utilizar en ocasiones expresiones negativas al referirme a cada una de las transformaciones que ha sufrido la medicina, destaco que no todas tienen tal carácter. Así, el profesor argentino Roberto Vázquez Ferreyra ha dicho que “lo positivo radica en que los buenos médicos han tomado conciencia de su responsabilidad, lo que los ha llevado a realizar algunos cambios en el ejercicio de su profesión, para evitar futuros inconvenientes. Estos cambios, que no importan mayores complicaciones, benefician al paciente. Así, por ejemplo, se ve un aumento considerable en el respeto de los derechos del paciente, lo que se traduce en la figura del llamado consentimiento informado, en la documentación de los actos médicos, con historias clínicas prolijamente confeccionadas, servicios hospitalarios estructurados de tal forma que se eviten inconvenientes o fallas, que en otros momentos eran consideradas imprevisibles, etc.”. VÁZQUEZ F., Roberto. 1996. La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria. Revista de la Universidad de Los Andes. Responsabilidad civil del empresario, Federico McKay Allende editor. 169p.

de salud o ambos en conjunto y, en tal caso, el grado de responsabilidad de cada uno de ellos²³.

2. La prestación medical en red.

La especialización de las áreas médicas y los altos costos que deben asumirse para contar con los tratamientos e instrumentos necesarios para la práctica médica contemporánea, ha exigido de la coordinación de los diversos agentes sanatoriales con el objeto de conformar una red de prestadores que satisfaga los intereses de toda la población. La consecuencia de este fenómeno es que el sistema de salud disgrega la ejecución de los actos médicos en diversos actores que actúan colaborativamente para lograr el propósito que persiguen los pacientes.

Así lo reconocen López Mesa y Trigo Represas, al decir que “es innegable que cada día adquiere un papel más importante la actuación de un conjunto, grupo o equipo de profesionales, en el que intervienen y participan especialistas, y se torna más imprescindible la utilización de aparatos

²³ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. 2005. Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires, Editorial LexisNexis. 535p.

sofisticados y costosos, de diagnóstico y tratamiento, y existe un considerable incremento en los gastos de farmacia, laboratorio, etc.”²⁴.

En general, existen dos maneras en que un paciente pueda relacionarse con la red de salud: la primera, es que el paciente contrate directamente a cada uno de los agentes que intervendrán en la satisfacción de su interés, cuestión que aparece del todo excepcional en un mundo caracterizado por su dinamismo e impersonalidad en la ejecución de la prestación; y segundo, más usual en la realidad medica práctica, es que el paciente se relacione con uno de los agentes de la red, normalmente el centro de salud en que se realizará la intervención o un profesional particular, y que éste sea quien, a su vez, se relacione con los otros eslabones de la red, los que en conjunto prestarán el servicio médico al paciente.

En cualquier caso, se trata de un conjunto de agentes de salud que se entrelazan para la prestación del servicio, ya sea coparticipando en su ejecución o en que se subcontrata a terceros para la ejecución de todo o parte de la actividad. Ambas expresiones son una manifestación de la medicina pluriparticipativa y constituyen una herramienta ineludible en la medicina contemporánea, sin la cual sería imposible satisfacer el interés económico-social perseguido por los pacientes.

²⁴ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 555p.

Para lograr tal relación entre los agentes de salud, éstos se valen de un encadenamiento de contratos, enjambre contractual o contratos coligados²⁵, vehículo mediante el cual se conectan para la ejecución asociada de los servicios médicos para terceros. El profesor Lorenzetti, refiriéndose a la red de contratos, comenta que “la unión de contratos es un medio que se utiliza para la satisfacción de un interés, que no se puede realizar normalmente a través de las figuras existentes. De ello debemos deducir que hay una parte que busca una satisfacción y otra que intenta satisfacerla mediante un encadenamiento contractual”²⁶.

²⁵ El fenómeno de las cadenas de contratos, se produce cuando ciertas operaciones económicas requieren de la celebración de una pluralidad de contratos simultáneos, sucesivos, imbricados o estrechamente vinculados entre sí para la satisfacción de un interés del acreedor. El autor italiano Francesco Galgano explica esta categoría de contratos coligados, señalando que no es un solo contrato con causa mixta, “sino una pluralidad combinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja, luego el criterio de distinción no es aquél, formal, de la unidad o de la pluralidad de los documentos contractuales, ya que un contrato puede resultar de varios textos y, por contra, un único texto puede reunir varios contratos. El criterio es sustancial y resulta de la unidad o pluralidad de causas”. GALGANO, Francesco. 1992. Contratos con causa mixta y contratos coligados. *En*: El Negocio Jurídico. Valencia, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Editorial Tirant Lo Blanch, Cap. IV, Sec. 2ª, N° 26. Para la descripción del fenómeno se han utilizado distintas expresiones: grupos de contratos, conjuntos de contratos, cadenas de contratos, contratos coligados, contratos en interrelación, contratos relacionados, entre otras expresiones. Véase: TAMAYO J., Javier. 2008. Tratado de Responsabilidad Civil. 3ª reimpresión. Bogotá, Editorial Legis. 114p.; LARROUMET, Christian. 2006. Responsabilidad Civil Contractual. Algunos temas modernos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 9p.; LÓPEZ S., Jorge. 1998. Las cadenas de contratos o contratos coligados. [en línea] Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (19): 159-166pp. <<http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/406/379>> [consulta: 26 agosto de 2015].

²⁶ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 211p.

A su vez, el mismo autor insiste en la idea en su obra “La empresa médica”, al decir que “la prestación médica es realizada mediante redes: el médico clínico atiende en una clínica, los estudios se realizan en un laboratorio, en un centro de diagnóstico, las prótesis se compran en otro lugar, los medicamentos en la farmacia, se convocan especialistas, el paciente contrata con los servicios de salud, las obras sociales o las empresas de medicina prepaga y así se va entrelazando un cúmulo de relaciones estrechas y anónimas para el paciente”²⁷.

Así, para el destacado autor argentino, la parte deudora de la prestación medical está compuesta por múltiples sujetos vinculados por medio de una red de contratos conectados, los que sólo en conjunto son capaces de satisfacer el interés del paciente.

El profesor Gérard Mémeteau, explica que una clínica privada es un tejido de contratos, una superposición de diversos convenios, entre los que se relacionan una clínica y los pacientes, los médicos y los pacientes, entre otras. Este conjunto de contratos son el fundamento de la existencia y la vida del establecimiento con el objeto de armonizar las relaciones entre clínica, médico y enfermo²⁸.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo. 1998. *La Empresa Médica*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni. 27p.

²⁸ MÉMETEAU, Gérard. 2001. *Une lecture française d'un arrêt québécois*. *Revue du Barreau* (61): 562p.

Por su parte, el español Fernández Costales ha dicho que “al contrato inicial se pueden añadir una serie de contratos análogos con diversos médicos especialistas; un contrato con el laboratorio de análisis o con el auxiliar médico que interviene en la ejecución de las prescripciones médicas, un contrato de venta de medicamentos con un farmacéutico e incluso un contrato próximo al de hospedaje u hostelería con el empresario de la clínica [...] el contrato aislado y simple se sustituye por varios contratos unidos unos con otros y creando entre las partes un contrato complejo, triangular o multilateral”²⁹.

Debe tenerse presente que la mirada esbozada por Fernández Costales no significa un triunfo de la mirada atomista de la prestación médica, la cual descompone la relación jurídica que nace en diversos contratos con cada uno de los agentes sanatoriales, diluyendo los ámbitos prestacionales de cada agente participante, sino que esta red de contratos es el mecanismo externo al paciente, colaborativo y organizativo entre los prestadores de salud, que regula las relaciones internas entre los deudores de un servicio médico, pero que le es indiferente y aún más inoponible al paciente-acreedor, pudiendo desconocer dichas conexiones, ya que le basta que el interés económico-social que tuvo en vista sea satisfecho por sus cocontratantes o por cualquier tercero del que se valgan para conseguirlo.

²⁹ FERNÁNDEZ C., Javier. 1988. El contrato de servicios médicos. Madrid, Civitas. 59-60pp.

En otros términos, el encadenamiento contractual, como fenómeno organizativo, no alcanza al paciente, pues no le empecen las relaciones internas que los agentes de salud puedan haber celebrado para cumplir la prestación al paciente. Para el usuario el contrato es único y confluyen una pluralidad de sujetos en calidad de deudores, los cuales conjuntamente deben promover el cumplimiento de la prestación prometida.

De este modo, la prestación del servicio sanatorial consta de dos ámbitos: uno interno, caracterizado por una estructura organizativa en redes contractuales entrelazadas que vinculan a los diversos agentes médicos para prestar un servicio coordinado y colaborativo al paciente cuyo vehículo es el encadenamiento de contratos; y uno externo, en que el paciente aparece, por el cual uno o más de los agentes sanatoriales, usualmente el nosocomio o un médico ajeno a la institución, se relacionan con el enfermo y se comprometen a satisfacer su interés, poniendo a disposición de éste la red asistencial de salud garantizando su cumplimiento diligente, sistema sin el cual no sería posible alcanzar el fin práctico del contrato de asistencia sanitaria.

Poner en relación al paciente con cada uno de los múltiples agentes sanatoriales que participan en la ejecución de la prestación de manera autónoma e independiente, pondría a éste en una posición desmejorada, ya que, frente a un acto negligente que le ocasionara daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales, debería identificarse al sujeto responsable del daño –

cuestión del sumo difícil en materia sanitaria – y en el evento de lograrlo, dirigirse a aquél en proporción a su contribución al daño y por infracción de su propia fuente contractual. Por el contrario, un sistema en que el paciente se relaciona integralmente con los actores principales en un solo contrato integral, quienes a su vez, tercerizan la ejecución o cumplimiento de una parte del servicio en los otros agentes de salud a través de una red de contratos, representa mayores garantías para el paciente quien encuentra en sus codeudores la garantía de la ejecución del servicio comprometido.

Este encadenamiento contractual supone una coordinación del actuar conjunto de la red asistencial, la que se orienta a satisfacer el propósito práctico³⁰ perseguido por el paciente, constituyendo, en consecuencia, un deber secundario de conducta en favor de éste, en cuanto el deber de los operadores sanitarios involucrados de colaborar al funcionamiento del sistema y servir al mantenimiento del mismo³¹.

Esta relación coordinada entre los prestadores, sin embargo, no quiere decir que se genere un fenómeno de integración contractual total, en virtud del cual la unión o actuar coordinado instituyan una persona distinta que absorba a los contratantes y, por ende, constituya un centro de imputación distinto para el

³⁰ Concepto acuñado primigeniamente por Federico de Castro y Bravo y profundizado años después por el profesor Morales Moreno. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. 1991. El negocio Jurídico. Madrid, Civitas. 34p. y 228p.; MORALES M., Antonio. 2006. El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico). La modernización del derecho de las obligaciones. Madrid, Civitas. 323-348pp.

³¹ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1998), 211p.

paciente-acreedor. El fenómeno que se genera en esta faceta interna es distinto y se le denomina vínculo de conexidad, pues las relaciones individuales funcionan como un sistema para la prestación del servicio, ya que si bien las vinculaciones son individuales, por medio de la conexidad, se unifican para la prestación del servicio médico³².

El vínculo de conexidad entre los distintos prestadores obedece a un interés asociativo entre los agentes de salud, pero que no se encuentra inserto en ninguno de los contratos considerados de manera aislada, sino que está inmerso en todos ellos, funcionando como una atmosfera común que enlaza los contratos, y que busca satisfacer el interés supracontractual que tuvo el paciente-acreedor al momento de contratar.

Así, no es que los agentes sanitarios pretendan unirse jurídicamente para prestar el servicio en cumplimiento de un contrato, sino que el interés supracontractual, requiere de una prestación coordinada en la realidad interna del sistema sanitario de prestación en red; y es mediante este enjambre de contratos que los prestadores encuentran el instrumento para alcanzarlo.

A su turno, desde la óptica del paciente, pese a que la vinculación integral sea tan sólo con uno o dos prestadores de salud, su interés es satisfecho por múltiples agentes medicales relacionados, entre los cuales existen contratos conexos que conforman un sistema complejo de prestación en

³² LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1998), 216p.

redes y bañados de una atmosfera común que los mantiene conectados. Sin embargo, cuando a causa de un incumplimiento se generan daños al acreedor, el responsable será aquel con quien o con quienes éste haya celebrado el contrato sanitario integral por el incumplimiento de la prestación prometida, sin perjuicio que dada la conexidad inmersa en el sistema de prestación se permita irradiar la imputación a los otros componentes de la red que hayan actuado de manera culposa, aunque al carecer de contrato que le sirva de marco será necesario accionar en el ámbito aquiliano.

Como puede apreciarse, el sistema sanatorial funciona como una verdadera empresa médica inserta en un mercado cuyos bienes son de particular relevancia social; una red compleja que actúa concertada para prestar un servicio de salud a los consumidores, en el que usualmente uno o dos agentes actúan como los entes organizadores o estructuradores de la prestación, disponiendo la ejecución con otros agentes en base a una división funcional, a fin de procurar un manejo, gestión y control más eficientes.

Esta realidad transaccional contemporánea implica revisar la pertinencia de los criterios clásicos de responsabilidad civil, para determinar si ellos dan cuenta de la conexidad contractual y de la existencia de esta amplia red de prestadores detrás de los contratantes que se vinculan con el paciente.

3. Los nuevos actores de la práctica médica asociativa.

Según se ha apuntado, la manera en que se prestan los servicios sanitarios ha mutado a nuevas fórmulas basadas en la mancomunidad o asociatividad de los operadores medicales, con el objeto de satisfacer el interés del paciente en la recuperación de su salud cuando ella se ha visto afectada.

Hasta el momento se ha hecho referencia, en términos genéricos, al escenario o realidad social bajo el cual se desarrolla la ejecución de estos servicios y al sistema asociativo interno al cual se echa mano para satisfacer el interés económico-social del paciente, sin embargo, no basta una mirada o perspectiva general para entender por completo el sistema sanatorial vigente. En efecto, la sola referencia al contexto y al funcionamiento interno por medio de un encadenamiento contractual o enjambre contractual, representan una visión substancial, pero parcial, para comprender el funcionamiento de la dinámica actual de la medicina.

La parcialidad de esta visión, fuerza a ingresar en la cadena de prestaciones, para examinar la composición, el funcionamiento y dinamismo de algunos de los eslabones más importantes representados por algunas de las principales tipologías asociativas sanatoriales, que permitan complementar la visión general que he descrito precedentemente con miradas particulares que lo complementen, lo que condensará la iluminación de un fenómeno que impacta profundamente en los cimientos de la responsabilidad civil por daños

sanatoriales, en especial respecto de aquellos que son objeto principal de nuestro estudio, los catalogados médicos “independientes”.

Generalmente al internarse en las fisonomías típicas de esta nueva realidad contemporánea, se estudian insistentemente las relaciones jurídicas que nacen entre el sanatorio y/o el galeno con el paciente, que si bien son interesantes dado a que son las que comúnmente nacen en la operatividad regular de la medicina, mantienen en la penumbra otras relaciones con problemas jurídicos más desafiantes al incluir nuevos actores o al confluir diversos agentes de manera conjunta.

Es así como en este apartado las reflexiones se centraran en tres actores, los que permitirán comprender la base para la articulación del sistema de prestaciones medicales de manera asociativa.

Primeramente, se tratará a uno de los operadores más abordados por los autores nacionales y foráneos en este campo: los grupos y equipos médicos, quienes influenciados por el nuevo escenario que presenta el ejercicio de la profesión galénica, se han levantado como un componente ineludible si el tema a tratar es la medicina pluriparticipativa.

Enseguida, quisiera hacer breves comentarios respecto de las Instituciones Previsionales de Salud (en adelante Isapres), operadores ausentes de todo debate jurídico en textos referentes a la responsabilidad civil médica, pero que tienen una influencia sustancial en la estructuración de los

servicios médicos, pues sin ellos (o de otra institución que cumpla una función de prepago de salud) sería inviable el financiamiento de tales prestaciones. Asimismo, resulta interesante hacer algunas observaciones sobre la composición y relación entre las Isapres y los prestadores médicos caracterizados por una integración vertical con un mismo *holding* empresarial, una muestra más de la prestación mancomunada de los servicios medicales a los prestatarios del sistema.

Por último, se realizarán algunas reflexiones en torno a las sociedades de profesionales médicos, tema escasamente tratado por la doctrina civil especializada, que se ha centrado en aspectos meramente tributarios e impositivos, sin tener en cuenta la relevancia que puede tener una mirada desde la perspectiva civil de su funcionamiento y cómo puede impactar en el Derecho de Daños sanitarios.

Sin ser esta una enunciación cerrada de los operadores medicales que conforman el sistema sanatorial, se centrarán en éstos las reflexiones, pues permitirán indagar en algunos de los eslabones de una dinámica general basada en la pluriparticipación y asociatividad de la prestación del servicio, que representa el tema central del presente capítulo.

a. El grupo médico y el equipo médico³³.

Dentro de los variados actores a través de los cuales se desenvuelve la medicina pluriparticipativa, los grupos médicos y los equipos médicos han sido uno de los más estudiados por la literatura nacional y extranjera en razón de su gran influencia dentro de la estructuración de servicios sanatoriales colectivos desde ya algunos años³⁴.

Es que, en la actualidad, parece difícil imaginar la prestación de estos servicios, sin la intervención de estos agentes de salud, pues las decisiones ya no son tomadas por un solo individuo, sino que por un conjunto de sujetos que confrontan sus saberes para determinar el diagnóstico y el tratamiento adecuado frente a una enfermedad. La necesidad de prestar múltiples servicios medicales y la gran especialización que se observa en la actividad galénica

³³ Hago presente que los comentarios que se efectúan en este apartado, dicen relación a la forma asociativa en que contemporáneamente se prestan los servicios médicos por medio de estos agentes sanatoriales, sin entrar a analizar otras polémicas y dilemas a que están sujetos los equipos y grupos médicos que, si bien interesantes para el desarrollo del Derecho Sanitario, exceden el marco de la presente investigación.

³⁴ Véase, entre otros: CÁRDENAS V., Hugo. 2012. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho (inédita). Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile. 216 y ss. pp.; PIZARRO W., Carlos. 2011. Mal praxis en el equipo médico. Rev. Méd. Chile 139(5): 667-671pp.; COURT M., Eduardo. 1998. Responsabilidad civil médica. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (19): 288-289pp.; CORRAL, Hernán. Ob. cit. (2003), 276-277pp.; GUAJARDO C., Baltazar. 2002. Aspectos de la responsabilidad civil médica. Santiago, Librotecnia. 126-139pp.; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. 1996. Responsabilidad del jefe del equipo médico. Revista La Ley: 359p.; GALÁN C., Julio. 2007. Responsabilidad Civil Médica. Madrid, Civitas. 125p.; PARELLADA G., Carlos. 1992. Responsabilidad del equipo médico. Las responsabilidades profesionales. La Plata, Editorial Platense, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno. 423 y ss. pp.; GONZALEZ M., Luis. 1990. La responsabilidad civil del médico. Barcelona, Bosch. 142 y ss. pp.

frente a la maquinización de las labores, trajo como consecuencia que los facultativos se agruparan en estructuras más o menos integradas y con diferentes esquemas de organización de mayor o menor complejidad.

Ya lo notaba hace algunos años el tratadista francés Le Tourneau, al decir que “[...] el avance de la ciencia y de la técnica requieren un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio de un equipo de hombres especializados, cada uno competente en un ámbito particular, y cuyo concurso o coparticipación resulta imprescindible recurrir”³⁵. Asimismo lo destaca Matías Henríquez, en su memoria dedicada a la responsabilidad penal del equipo médico, al sostener que “cada vez con más frecuencia los profesionales se agrupan para el ejercicio de su actividad en gabinetes conjuntos, bien sea desarrollando cada profesional una parcela diferente, complementaria o no, de su oficio, o bien ejerciendo todos, o alguno de ellos, la misma especialidad, ejercicio en gabinete de la medicina que plantea interesantes cuestiones [...]”³⁶.

Sin embargo, entre las dificultades que presenta esta forma mancomunada de actuación, se encuentra la multiplicación de los riesgos de daños a consecuencia de las diversas “manos” que participan en la ejecución de la cuota total de la prestación prometida. Tal desventaja torna a los grupos y equipos médicos en agentes interesantes de examinar para los efectos de

³⁵ LE TOURNEAU, Philippe. 1982. *La responsabilité civile*. 3ª ed. Paris, Dalloz. 403p.

³⁶ HENRIQUEZ O., Matías. 1996. La responsabilidad penal del equipo médico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 85p.

dimensionar las consecuencias jurídicas de su actuar en el actual Derecho de Daños.

Usualmente, las nomenclaturas de grupo médico y equipo médico tienden a sinonimizarse cuando se usan coloquialmente o incluso a nivel jurídico, utilizándose indistintamente para denominar al grupo de individuos que unidos prestan servicios médicos de manera más o menos organizada. Sin embargo, la doctrina extranjera ha hecho disquisiciones respecto a ambas voces, dotándolas de características propias que diferencian a una de la otra.

Lo primero que debemos hacer entonces, es realizar ciertas precisiones conceptuales para definir los contornos de ambas nociones, lo que permitirá iluminar la escasez de fidelidad terminológica en relación a la composición formativa de sus características.

Han surgido dos grandes posiciones respecto de estas categorías de agentes sanitarios: mientras unos autores distinguen entre ambas fisonomías, otros catalogan de irrelevante la disquisición para efectos imputativos.

Entre los primeros³⁷, destaca Matilde Zavala de González quien afirma que “a diferencia de los casos de actuación médica ‘colectiva’ (varios profesionales que atienden al mismo paciente de modo más o menos simultáneo, pero independientemente) existe ‘equipo médico’ cuando, al frente

³⁷ Véase: LE TOURNEAU, Philippe. Ob. cit. (1982), 450-451pp.; BONVICINI, Eugenio. 1971. *La responsabilità civile*. Milan, Giuffrè Editore. 800p.

del grupo, hay un 'jefe' que orienta, supervisa y coordina la actividad, con la colaboración de otros profesionales. Estos últimos pueden tener autonomía científica, en el ámbito de su especialidad (anestesiólogos) o bien, ser auxiliares, sujetos a las directivas del cirujano jefe (médicos asistentes, enfermeras)³⁸.

También el español Eugenio Llamas Pombo enseña que “cuando se menciona el <<grupo de médicos>>, se hace referencia al conjunto de facultativos que comparten locales e instalaciones, se prestan servicios mutuos, establecen turnos de guardias para las noches y días festivos, etc. Cuando se alude al <<equipo médico>>, sin embargo, se designa una realidad bien diferente: varios médicos, normalmente pertenecientes a distintas especialidades, intervienen simultáneamente en una determinada fase de la actividad médica, a menudo en la de tratamiento, y particularmente si éste es quirúrgico, o bien lo hacen sucesivamente en el tiempo, pero complementando mutuamente sus respectivos cometidos, con un objetivo común en relación con la salud del paciente”³⁹.

En el mismo sentido, Trigo Represas y López Mesa, siguiendo a Le Tourneau⁴⁰, quienes recuerdan que “la medicina de grupo (varios galenos

³⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Ob. cit. (1996), 359p.

³⁹ LLAMAS P., Eugenio. Ob. cit. (1998), 327p.

⁴⁰ LE TOURNEAU, Philippe. 2002. *Droit de la responsabilité et des contracts*. Paris, Dalloz. 786p.

ejercen en el mismo local donde se prestan servicios mutuales) no se confunde con el equipo⁴¹, dando cuenta de las diferencias de fondo entre ambas figuras.

Por su parte, entre los autores que opinan que la distinción no tiene influencia alguna, se encuentra Ricardo Lorenzetti, quien arguye que el grupo médico enfoca su descripción respecto a las relaciones internas de los operadores del servicio medical, esto es, concentra el prisma en la faceta de ejecución del servicio; mientras que la noción de equipo médico está orientada a la relación externa que vincula al prestador con el prestatario (paciente). De este modo, siguiendo el razonamiento de este autor, si el agente sanitario carece de contacto con el paciente, la noción se torna superflua, pues es sólo frente a supuestos de responsabilidad – los que sólo pueden darse en la relación con el prestatario – que importa definir la composición y características de los sujetos que intervienen, siendo indiferente si no carece de impacto para efectos imputativos⁴².

Es indudable, que ambos agentes sanitarios comparten varias características, lo cual explica su sinonimización, entre las que destacan que: (i) ambos prestan servicios sanitarios de manera asociada y mancomunada, por un grupo más o menos homogéneo y coordinado de individuos, siendo ejemplos señeros de la línea pluriparticipativa propia de la medicina del nuevo siglo; (ii) ambos son operadores que prestan directamente servicios médicos,

⁴¹ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 511p.

⁴² LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 269-270pp.

no son encargados del financiamiento de actos médicos ni realizan otro tipo de gestión; (iii) en ambos casos la agrupación no deviene en la formación de un ente distinto de los miembros individualmente considerados. En otros términos, en su conformación no existe una integración total sino que un fenómeno asociativo de integración parcial⁴³, lo que impide exigir la reparación del perjuicio al grupo en sí, forzando que ella se entable respecto de uno o de todos sus miembros y; (iv) ambos se rigen por las mismas reglas y principios en el ámbito de la responsabilidad civil con los pacientes, debiendo sujetarse bajo fórmulas colectivas que garanticen la reparación del daño de los terceros.

Pese a estas similitudes, son operadores medicales que tienen diferencias sustantivas respecto a la forma en que se estructuran, funcionan y, en definitiva, prestan el servicio galénico.

En efecto, los grupos médicos se presentan como un conjunto de galenos que prestan servicios sanatoriales en el mismo espacio físico o centro, sin que exista una dirección central que los gobierne y organice, conformando una unión de profesionales sin una línea de coordinación a la que estén subordinados y que se encargue de disponer la forma en que debe prestarse el servicio.

Por su parte, los equipos médicos agrupan a determinados profesionales de la salud que ejecutan la prestación sanatorial dirigidos por un jefe o

⁴³ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 276p.

autoridad encargado de la gestión, dirección y control de los miembros del equipo que él selecciona⁴⁴, dotados de una estructura integrada y piramidalmente estructurada, centralmente coordinada, con escalonamiento de mandos y funciones predeterminadas para cada uno de sus integrantes con el objeto de evitar la repetición fútil de acciones entre sus miembros⁴⁵. De esta forma, los equipos médicos presentan mayores niveles de cohesión que los grupos médicos, en los cuales la estabilidad proviene únicamente de la prestación de servicios en un mismo lugar físico, pero en que se carece de una dirección central que gestione la prestación complementaria de servicios médicos.

Así, volviendo al razonamiento de Lorenzetti, es cierto que, para efectos de la responsabilidad civil, la disquisición entre grupo y equipo médico carece de relevancia, pero no en razón a que el primero no tenga contacto con el paciente – ya que no es efectiva dicha premisa y no es éste el rasgo que define la distinción –, sino porque tanto el grupo médico como el equipo médico deben

⁴⁴ Véase: LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 271-272pp. Los académicos López Mesa y Trigo Represas, sostienen que “el cirujano jefe dirige y coordina los actos de todos los miembros del equipo que él mismo ha formado”. LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 512p.

⁴⁵ Los argentinos López Mesa y Trigo Represas, se refieren al atributo de la coordinación del equipo médico señalando que “para la existencia de un ‘equipo’ no basta el mero desempeño de varias personas en un mismo sitio, sino que se requiere la participación efectiva de todas ellas en el mismo acto quirúrgico y la coordinación de sus esfuerzos y participaciones, para dar nacimiento a un equipo”. LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 511p. Por su parte, Alfredo Kraut afirma que “la medicina moderna se caracteriza por una imprescindible división del trabajo médico, donde colabora un grupo de médicos y auxiliares, desempeñando distintas funciones, a fin de procurar una mejor salud al paciente”. KRAUT, Alfredo. Ob. cit. (1998), 71p.

estar sujetos a idénticas reglas de responsabilidad asociada, teniendo como finalidad central reparar integralmente al paciente dañado, sin perjuicio que, ulteriormente, al resolver sus conflictos internos, sus diferencias estructurales puedan derivar en diversas formas de repartir la asunción al pago de la indemnización del paciente.

Superado que los grupos y equipos médicos son fisonomías distintas dentro de la operativa sanatorial, aunque caracterizadas ambas por la mancomunidad en la prestación del servicio médico, debe ponerse énfasis en la idea de que no conforman un centro imputativo autónomo e independiente de cada uno de sus integrantes y, en consecuencia, no pueden estos entes como tales ser obligados a reparar un daño injustamente provocado por uno de sus integrantes.

Ya lo sugería el profesor Carlos Pizarro, en su obra dedicada a estos agentes de salud, al sostener que “referirse a la responsabilidad del equipo médico no es correcto, porque este grupo de personas nunca responde como si fuera una persona jurídica o moral específica. La responsabilidad siempre es de naturaleza individual. El equipo médico no es responsable en sí, siendo necesario establecer la responsabilidad de cada miembro que participa en la intervención particular en que un paciente resulta con daño”⁴⁶.

⁴⁶ PIZARRO W., Carlos. Ob. cit. (2011), 668p.

Ello, por cierto, no deja en indefensión al paciente, quien está franqueado de las pretensiones indemnizatorias destinadas a reparar su perjuicio, las que podrá dirigir en contra de cada uno de los miembros del grupo médico o equipo médico de manera conjunta. Sin embargo, dicha postura no ha resultado unánime en la literatura especializada. Los autores franceses, entendían que era factible una responsabilidad autónoma independiente de cada uno de sus miembros y que en dicha calidad todos ellos tienen frente al perjudicado una responsabilidad “*in solidum*”. El paso siguiente – afirman – será admitir la existencia del equipo médico como legitimado pasivo y establecer una responsabilidad del grupo como tal, condenando a sus integrantes a la reparar el daño “*in solidum*”⁴⁷. Pues bien, al parecer ese paso ya ha sido dado por cierta parte de la doctrina⁴⁸.

No parece que la respuesta sea la responsabilidad autónoma del grupo o equipo médico con independencia de los miembros que los conforman, sino que

⁴⁷ MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 116p.

⁴⁸ En efecto, Matías Henríquez, sostuvo que “aun cuando este tipo de gabinete se constituyan normalmente de facto, sin ningún tipo de convención escrita de sus miembros, ya que suelen descansar en unas relaciones previas de confianza recíproca, de iure, de derecho, suponen la creación de una sociedad civil que tiene por objeto el ejercicio de una profesión o arte. La forma jurídica de estas agrupaciones o gabinetes es, por consiguiente, la de una sociedad civil [...] regida en sus relaciones internas, entre los socios o componentes, en primer lugar, por las propias estipulaciones de las partes y, subsidiariamente, por la normativa del Código Civil relativa al contrato de sociedad”. HENRIQUEZ O., Matías. Ob. cit. (1996), 86p. El autor propugna derechamente que el equipo médico se construye bajo un modelo de integración total, pues una cosa es que las relaciones jurídicas que nazcan entre los integrantes se regulen por las normas de la sociedad, y otra cosa, es sostener lisa y llanamente que es una sociedad civil. Si hay sociedad, hay un nuevo ente de carácter incorpóreo y, por tanto, un eventual legitimado pasivo autónomo de acciones judiciales.

se trata más bien de un fenómeno asociativo de integración parcial que tiene en vista el fenómeno empresario en el área sanatorial y las modernas formas de contratación que rigen en la actualidad⁴⁹. Así, ha señalado la doctrina que el equipo médico es “...una forma intermedia de integración que no llega a ser sociedad, de vida precaria, que procura básicamente una coordinación, que da lugar a un contrato plurilateral de organización [...] Estimamos entonces que el equipo, internamente considerado, es un contrato plurilateral de organización que resulta regulado por la autonomía privada y supletoriamente y dada su atipicidad, por las reglas de la agrupación en colaboración y la sociedad [...]”⁵⁰.

Sin duda existe un nivel de integración en los equipos y grupos médicos, pero ella no llega a ser total, pues no se genera un centro imputativo diferente de los individuos que lo componen, por lo que la denominación de integración parcial resulta acertada.

En definitiva, ambas fisonomías médicas son ejemplos claros de la nueva forma en la cual se desenvuelve la práctica de la medicina contemporánea, basada en la asociatividad o mancomunidad organizativa para efectos de satisfacer el interés del prestatario de servicios médicos, terreno en el cual se han centrado estas reflexiones.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 276p.

⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 277p. Apunta Mosset Iturraspe sobre esta opinión que “[...] esa afirmación resulta algo confusa: no se alcanza a comprender si se alude a la responsabilidad del “grupo” como algo diferente a la responsabilidad de sus integrantes, al punto de legitimar la acción contra cualquiera de los miembros aún en la hipótesis de individualizar al autor. Creemos que no es esa la idea, al menos la acertada o que nosotros defendemos [...]”. MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 116p.

b. Las Isapres.

Todo sistema de salud tiene como objetivo central que su población pueda acceder a los servicios sanitarios preventivos o curativos que necesite, para lo cual el Estado debe promover la creación de organismos y mecanismos que se ocupen de la calidad de tales prestaciones, así como de estatuir regímenes de financiamiento eficientes para acceder a los mismos⁵¹.

Nuestro país, en materia de financiamiento de la salud, optó por un sistema bímembre, estructurado en dos subsectores: por una lado, uno público, administrado por el Estado, a través del Fondo Nacional de Salud (Fonasa)⁵²; y

⁵¹ En este sentido, la Constitución Política de la República estableció en su artículo 19 N° 9 que “es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

⁵² Se encuentra liderado por el Ministerio de Salud, quien se encarga del diseño de políticas y programas encaminados a asegurar el derecho a la protección de la salud, y a coordinar a los distintos prestadores de salud del ámbito público. Por su parte, Fonasa es aquel servicio descentralizado que “[...] actúa como caja que recolecta, administra y asigna los recursos provenientes de las cotizaciones y del aporte fiscal. Y, por otra parte, actúa como un seguro público, que representa a los cotizantes y a sus cargas frente a los prestadores [...]. En su papel de seguro funciona como un seguro social tradicional, en la medida que no vincula los beneficios obtenidos a las contribuciones realizadas. En principio, cada beneficiario tiene acceso al mismo paquete de beneficios, independiente del nivel de su contribución [...]”. PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. 2006. Isapres y contrato previsual de salud. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 160p.

Este sistema tiene su eje de funcionamiento en un mecanismo de seguro de carácter social para sus beneficiarios, por el cual se obliga a todo trabajador dependiente e independiente a contribuir con parte de su remuneración bruta para aportar a un fondo recaudado por Fonasa que, como bien destaca Lagarraña, actúa como “un impuesto de uso específico”, pues su destino está definido por ley al financiamiento del sector de salud del cotizante. LARRAÑAGA, Osvaldo. 1997. Eficiencia y equidad en el sistema

por otro, uno privado, gestionado por las Instituciones de Salud Previsional (Isapres)⁵³.

Es posible advertir, según se explicará, que en el ámbito privado las Isapres desempeñan un papel crucial para el desenvolvimiento de la operativa sanatorial contemporánea, pues, aunque complementarios y referidos al financiamiento de los servicios médicos, forman parte de la red o cadena asociativa de servicios de salud, pudiendo apreciarse una vinculación con los prestadores a través de un mecanismo organizativo que han asumido quienes las controlan, denominado como integración vertical entre Isapres y prestadores de salud en un mismo grupo económico⁵⁴.

de salud chileno. [en línea] Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Reformas financieras al sector salud en América Latina y el Caribe (49): 14-15pp. <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/4286/lcl1030e.pdf>> [consulta: 24 de julio 2015].

La segunda gran característica de este sistema es que este seguro es de carácter homogéneo, pues se basa en un principio de solidaridad, ya que entrega beneficios uniformes para todos sus asegurados, independiente del monto que cada cual cotice para efectos de su salud. Ya sea que el monto de cotización sea mayor en una persona que en otra o al número de prestaciones que haya requerido, todos accederán a las mismas prestaciones médicas independientes al aporte de cada cual al fondo.

⁵³ ZAMORA V., Rodrigo. 2012. Las Isapres en Chile, su institucionalidad jurídica y el derecho a la protección de la salud. Aplicación y eficacia. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 88-89pp.

⁵⁴ Véase: TOBAR, Javier. 2012. Mercado de Salud Privada en Chile. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 42-44pp.; COPETTA M., Claudia. 2013. Prestadores de Salud, Isapres y Holdings: ¿Relación Estrecha? [en línea] Departamento de Estudios y Desarrollo de la Superintendencia de Salud. 4p. <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/articles-8826_recurso_1.pdf> [consulta: 24 de julio 2015]; GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. 2013. Un análisis económico de la integración vertical entre isapres y prestadores. [en línea] <<http://www.consalud.cl/estudioscostosdesalud/Estudios/Un%20 analisis%20 economico%20 de%20 la%20 integracion%20 vertical.pdf>> [consulta: 27 de agosto 2015].

Sin embargo, en forma previa al tratamiento de este fenómeno, quisiera detenerme para dedicar unos breves comentarios al funcionamiento general del sistema de Isapres, que permita comprender de mejor forma como entronca su dinámica en la operativa de los demás agentes de la red de prestadores de salud.

La base constitucional de este sistema, se encuentra plasmada en el artículo 19 N° 9 de la carta magna, que regula el “derecho a la protección de la salud”, y en el N° 18 de la misma disposición, que consagra “el derecho a la seguridad social”. Ambos derechos fundamentales establecen los principios básicos sobre los que se construye el sistema de salud chileno: un rol del Estado eminentemente subsidiario, la libertad del individuo para optar por un régimen público o privado según sus necesidades, una cotización obligatoria destinada a la salud y, por último, la validación del sector privado como una entidad apropiada para prestar el servicio medical.

El sistema de financiamiento privado se creó a partir del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, que entró a regir el 27 de abril del año 1981, legislación que reguló la creación y funcionamiento de las Isapres, y que las colocó bajo la supervisión del Fondo Nacional de Salud⁵⁵, modificación legal que representó

⁵⁵ Con anterioridad a 1981, la salud previsual era de cargo del Estado, mediante organismos dependientes del Ministerio de Salud: el SERMENA (Servicio Médico Nacional de Empleados) y el S.N.S. (Servicio Nacional de Salud). De este modo, si cualquier usuario deseaba atenderse por centros médicos o profesionales no financiados por el Estado o subvencionados por éste, debía cancelar sus honorarios de manera directa, lo que quedaba reservado para sectores acomodados de la sociedad

un gran cambio en el régimen de salubridad, ya que significó la instauración de organismos privados como encargados del financiamiento de las prestaciones de salud de la población, primando nociones mercantilistas como los de competencia, eficiencia y libertad de los individuos, en desmedro de otros de tinte eminentemente estatistas⁵⁶.

Mediante el financiamiento de las Isapres, sus afiliados pueden elegir el establecimiento profesional de su preferencia, de conformidad a la cobertura del plan escogido. Los proveedores o prestadores de servicios médicos en el ámbito privado son las clínicas, los hospitales y los profesionales que trabajan de manera autónoma a la misma.

de aquel entonces. DE LA FUENTE D., Gregorio. 1995. Las Isapres. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 12p.

⁵⁶ Entre las razones que se tuvieron en cuenta a la hora de decidir la institucionalización del sistema de Isapres, Prado y Salamero destacan que “[...] permitiría aprovechar todas las ventajas que representaba la libertad de opción y la eficiencia de gestión propias de ese sector [privado]. La existencia de múltiples garantizaría el derecho a la libre elección y, a través de la competencia, se aseguraría una gestión más eficiente. [...] Un segundo objetivo de las reformas de principios de los años 80 fue focalizar los subsidios estatales en salud, bajo el supuesto que la creación del sistema Isapre permitiría concentrar los gastos del Estado en las personas de bajos ingresos e indigentes, a través de los servicios de salud públicos (financiados por Fonasa) y de la atención primaria administrada por las municipalidades. Como tercer propósito, la reforma buscaba también ampliar la libertad de elección de las personas. El resultado consistió en la posibilidad de opción del individuo por la atención de salud estatal o privada. [...] Un cuarto propósito implícito de la reforma fue aumentar la eficiencia. La calidad de los servicios entregados tendría el resguardo de que la competencia entre las Isapres induciría la eficiencia administrativa, con servicios oportunos y de calidad. Por otra parte, las Isapres permitirían integrar al sistema de salud a los trabajadores independientes, hasta entonces no cotizantes; y, mediante cotizaciones adicionales, los afiliados podrían obtener beneficios superiores a aquellos establecidos por ley. [...] Finalmente, en teoría, la creación de las Isapres mejoraría la capacidad de respuesta del sistema de salud a las necesidades de la población, pues el sistema privado, por la flexibilidad en la gestión de sus recursos, poseería una mayor capacidad de respuesta a las necesidades cambiantes de la población”. PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. Ob. cit. (2006), 69-70pp.

El sistema de Isapres se basa en un modelo de seguros de carácter individual materializado en un contrato de salud⁵⁷. Es un seguro desde que la Isapre – único asegurador posible en los contratos de salud – financia total o parcialmente la prestación de un servicio sanatorial al verificarse el siniestro representado por una enfermedad del afiliado o sus beneficiarios; y es de carácter individual pues los beneficios ofrecidos por los prestadores de salud varían según la cotización que se aporta y el riesgo médico del asegurado, que viene a ser un reflejo de los gastos esperados por ese afiliado⁵⁸.

De este modo, como bien apunta Nadia Díaz, entre los elementos del contrato de salud se encuentran el “riesgo, la prima y la empresa aseguradora. Por lo mismo, podríamos señalar que en el caso del contrato de salud, el riesgo corresponde a la posible enfermedad que pueda padecer el afiliado o

⁵⁷ Se ha definido a este contrato de salud como “una convención por medio de la cual una Isapre y el sujeto de derecho que libremente se adscribe a ella ejercitando el derecho de opción establecido en la ley, se obligan recíprocamente, la primera a financiar las prestaciones y beneficios de salud pactados, y el segundo a pagar por aquéllos la prima correspondiente”. PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. Ob. cit. (2006), 112p. Por su parte, el jurista Cristián Andrade, definió al contrato de salud como “aquel acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones, en que una o varias personas se obligan a enterar su cotización a la Isapre escogida y esta última asume la obligación de otorgar la atención médica o el financiamiento correspondiente y a pagar el subsidio en compensación por la remuneración que no se percibe durante los períodos de incapacidad laboral” o bien como “el proceso de afiliación al régimen privado de prestaciones de salud, mediante la compra voluntaria, normada por la ley, de un plan de salud que ofrece determinada isapre”. ANDRADE, Cristián. 2001. El contrato de salud previsional. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 16p.

⁵⁸ PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. Ob. cit. (2006), 160p. En el mismo sentido Osvaldo Larrañaga, quien señaló que “el sistema de Isapre opera como un seguro de salud individual y privado, donde los beneficios ofrecidos son una función de la prima pagada y del nivel de riesgo médico de los asegurados”. LARRAÑAGA, Osvaldo. Ob. cit. (1997), 10p.

beneficiario; la prima corresponderá a la cotización sea legal o voluntaria que haga el afiliado; y por último haciendo un símil, la ISAPRE correspondería a la empresa aseguradora [...]”⁵⁹.

Finalmente decir que, como todo sistema asegurador, una de sus bases es la participación de un gran número de asegurados, pues distribuye entre éstos la contingencia que enfrenta uno de los cotizantes⁶⁰, diluyendo el asegurador el riesgo de pérdida financiera, calculando sus costos sobre la base de la ley de los grandes números, según el cual cuanto más individuos se agrupan, mayor parecido habrá entre el evento y lo esperado o pronosticado⁶¹.

Descritos los grandes rasgos que definen el sistema privado de financiamiento, me referiré al fenómeno de integración vertical entre las Isapres y los prestadores de servicios sanatoriales a un mismo grupo empresarial, lo que determina que las primeras se encuentren también integradas a la red de operadores jurídicos ocupados de satisfacer el interés económico-social del paciente de manera colectiva o mancomunada.

⁵⁹ DÍAZ M., Nadia. 2008. El precio en el contrato de salud. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 45p.

⁶⁰ Como destaca Lagarraña, “tal esquema no considera una redistribución *ex-ante* de recursos en la medida que cada cotizante espera recibir beneficios en función del pago efectuado. Como en todo tipo de seguros es importante hacer una distinción entre los pagos esperados y los efectivos, puesto que estos últimos se materializan solo en caso de ocurrir el estado de naturaleza que cubre el seguro. En tal sentido, siempre habrá un proceso de redistribución de recursos *ex-post*, desde aquellos que no hacen uso del seguro hacia quienes así lo requieren. Pero tal transferencia es consustancial a la esencia de los seguros, cual es, la dispersión de los riesgos entre los partícipes del esquema”. LARRAÑAGA, Osvaldo. Ob. cit. (1997), 15p.

⁶¹ *Ibíd.*

La integración vertical consiste en aquel sistema organizativo empresarial por medio del cual un mismo sujeto de manera directa o indirecta – por intermedio de otras sociedades – es dueño de aquella persona jurídica que produce un bien o presta un servicio y también de aquellas empresas que generan los insumos o servicios que forman parte de la cadena productiva de la primera⁶². En otros términos, un mismo dueño combina los giros de distintas empresas para satisfacer una necesidad común de la población.

De este modo, puede decirse que la producción de una empresa, puede asumir dos formas de organización estratégica: ora recurre a terceros celebrando contratos con ellos para obtener sus insumos o prestación de servicios determinantes para la ejecución de su propio giro; ora se integra verticalmente llevando a cabo una o varias de las líneas de producción necesarias para prestar el servicio⁶³.

Como puede observarse, la integración vertical es una decisión organizacional, que confunde en un mismo titular el dominio de la empresa productora y de las industrias que le sirven de complemento para satisfacer una necesidad, con objeto de obtener ventajas económicas en un mercado competitivo.

⁶² COPETTA M., Claudia. Ob. cit. (2013), 4p.

⁶³ Para entender de manera simple esta forma de encarar la producción empresarial, puede citarse como ejemplo una industria productora de vegetales, en que sus dueños son propietarios a su vez de otras empresas encargadas del transporte, de la comercialización, de la distribución y de la venta detallada de esos bienes, lo que le permite abaratar los costos de la externalización de esos servicios y protegerse del impacto de las vicisitudes que ofrece el mercado.

En consecuencia, este fenómeno no es negativo e ilegal *per se*, sino que corresponde a una mera decisión estratégica lícita de una empresa, cuyo fin es la disminución de los costos de los productos que comercializa o servicios que presta, previendo contingencias que deriven de terceros⁶⁴.

Este fenómeno se comenzó a forjar en la industria medical en Chile a partir del último decenio del siglo pasado. En efecto, durante la década de los ochenta las Isapres tuvieron como giro exclusivo el financiamiento de las prestaciones de salud, correspondiendo a actores distintos la prestación de servicios médicos. Sin embargo, a fines de los noventa, los dueños de las Isapres comenzaron a adquirir la propiedad de prestadores medicales, como clínicas, laboratorios y a contratar a profesionales de la salud⁶⁵, reuniendo en un mismo empresario las facetas de financiamiento como de prestación misma de servicios sanitarios, con el objeto de lograr un mejor control sobre los costos de la salud⁶⁶.

⁶⁴ Existen incluso opiniones que defienden la integración vertical entre las Isapres y los prestadores de salud, al considerarse como una respuesta eficiente para frenar los problemas que crean los sistemas de seguros: la inducción de demanda, el sobreuso del plan y la dilución del copago. Véase sobre el particular: GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. Ob. cit. (2013).

⁶⁵ Parte de la doctrina nacional, a mediados de los noventa, advirtió este fenómeno de manera más bien tímida. Por ejemplo, Vicente Acosta señaló que “estas instituciones [refiriéndose a las Isapres] son dueñas de establecimientos hospitalarios importantes o simples organizaciones administrativas que sirven de intermediarios entre el cotizante y el centro de salud”. ACOSTA R., Vicente. 1990. De la responsabilidad civil médica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 154p.

⁶⁶ Véase: COPETTA M., Claudia. Ob. cit. (2013).

Esta forma de organización empresarial no estaba prohibida por la legislación sanitaria de la época, razón por la cual no mereció reproche alguno desde un prisma jurídico. En efecto, el otrora artículo 21 inciso 1° del DFL N° 3 de 1981 preceptuaba que: “Las Instituciones de Salud Previsional otorgarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida”. De este modo, esta disposición no restringía a las Isapres la prestación de servicios médicos y, por el contrario, expresamente se refería a esta posibilidad al decir que “otorgarán las prestaciones y beneficios de salud”, por lo que a la sazón no estaba vedada la integración vertical como mecanismo de organización empresarial.

Sin embargo, con la dictación de la Ley N° 20.015, el panorama cambió radicalmente, pues buscando restringir el giro de las Isapres a la sola financiación de servicios de salud, se estableció un nuevo inciso 1° del artículo 171 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud, que dispone: “Las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida”; además de incorporar el inciso 1° del artículo 173 del mismo cuerpo legal que reza: “Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores”.

De esta forma, la normativa actual no deja lugar a dudas: el objeto exclusivo de las Isapres es la financiación y no la ejecución de las prestaciones de salud. El espíritu detrás de este cambio legal, radicó en que las Isapres se concentraran en el financiamiento y no en la prestación de otros servicios, razón por la que utiliza la expresión “en ningún caso”⁶⁷.

Pese a la prohibición anotada, en la práctica, las Isapres se ven vinculadas con la prestación de servicios médicos⁶⁸, ya que a pesar de no ejecutar directamente un servicio galénico, el grupo controlador de la Isapre tiene relaciones de propiedad con el prestador del servicio, por lo que, en definitiva, un mismo *holding* tiene el control sobre la aseguradora y el prestador de los servicios, confundiendo las facultades de financiamiento y ejecución de los servicios⁶⁹.

⁶⁷ Como bien destaca Prado en su memoria de prueba, “la modificación buscó perfeccionar la redacción de la norma, con el fin de evitar claramente la integración vertical entre isapres y prestadores, indicándose expresamente que la isapre no puede ejecutar las prestaciones y beneficios de salud ni participar en la administración de prestadores [...] entonces, las isapres tienen sólo un papel asegurador, financiando las prestaciones de salud”. PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. Ob. cit. (2006), 74p.

⁶⁸ Los datos estadísticos que exponen Alexander Galetovic y Ricardo Sanhueza en su trabajo sobre la materia, nos dan una idea del impacto que tiene este fenómeno en Chile. Apuntan que “[...] si se define como ‘verticalmente integrada’ a clínicas cuyos dueños tienen alguna participación en una isapre, se obtiene que 30 de las 85 clínicas privadas que existen en Chile lo son, aunque la participación en el total de camas es un tanto mayor, 47,7% (una de cada dos). Si la clínica integrada se define como una en que una [sic] los dueños de una isapre tienen 50% o más de la propiedad, el número de clínicas integradas cae a 17, la participación en el total de camas a 31,2% (una de cada tres) [...]”. GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. Ob. cit. (2013), 4p.

⁶⁹ A modo de ejemplo, puede citarse el caso del grupo económico Banmédica S.A., quien controla el 99,99% de la Isapre Banmédica y el 99,99% de Isapre Vida Tres, gozando de una cuota del mercado asegurador en salud superior al 25% de la

Frente a la estructura organizativa que han asumido los grupos empresariales, cabe preguntarse si ¿se vulneran los artículos 171 y 173 del DFL N° 1 del año 2006?⁷⁰ Dos son las respuestas posibles:

1. No considerar infringidas tales disposiciones, pues Isapre y el prestador son dos personas jurídicas distintas, pese a estar vinculadas a un mismo grupo controlador, por lo que malamente puede decirse que la Isapre preste servicios de salud⁷¹.

población. A su vez, este *holding* controla diversas sociedades prestadoras de servicios médicos como el 99,43% de Clínica Santa María, el 99,99% de Clínica Dávila, el 99,98% de Clínica Vespucio, el 99,98% de Clínica Bío Bío; en lo que respecta a servicios ambulatorios participa en el 99,99% en Vidaintegra S.A; y en cuanto a servicios médicos domiciliarios es dueña del 99,99% de Help S.A. Véase: TOBAR, Javier. Ob. cit. (2012), 42-44pp.

El grupo económico Sociedad de Inversiones y Servicios La Construcción S.A. controla el 99,99% de la propiedad de Isapre Consalud S.A. Este *holding* en el año 2008 constituyó la sociedad anónima cerrada Empresa Red Salud S.A., que funciona como matriz en el área de prestaciones de salud de dicho grupo empresarial, teniendo porcentajes accionarios en las distintas clínicas, así como en atención médica ambulatoria con su participación accionaria en la sociedad anónima cerrada Megasalud S.A. que alcanza un 80,81% y en Megasalud Oriente Ltda con un 80,8%. Empresa Red Salud S.A. en conjunto con Servicios Médicos Dial S.A. – la que forma parte del grupo del *holding* de Isapre Colmena – e Inmobiliaria Clínicas Regionales S.A., constituyeron la sociedad anónima cerrada Administradora de Clínicas Regionales Dos S.A., a través de la cual son dueña del 16,5% de la Clínica Integral de Rancagua, del 29% en Clínica Lirkay, del 32,33% en la Clínica de Valparaíso, del 22,1% en la Clínica Magallanes, del 15,8% en CDM Atacama, del 16,5% en Clínica Atacama y del 20,2% en el Hospital Clínico de Temuco. Véase: TOBAR, Javier. Ob. cit. (2012), 48-49pp.

Asimismo, Isapre Cruz Blanca S.A. es una sociedad filial del *holding* Cruz Blanca Salud S.A., la que tiene propiedad directa en la Clínica Reñaca, Clínica Antofagasta y Clínica San José de Arica. Además, es dueña del 99,99% del prestador ambulatorio Integramédica S.A. que tiene participación accionaria en Integramédica Centros Médicos S.A., Centro de Diagnóstico Dra. Pilar Gazmuri S.A., Exámenes de Laboratorio S.A., Florida Salud Integral S.A., Recaumed S.A. y Laboratorios Integrados S.A. Véase: TOBAR, Javier. Ob. cit. (2012), 45-47pp.

⁷⁰ Esta interrogante fue planteada en TOBAR, Javier. Ob. cit. (2012), 38p.

⁷¹ *Ibíd.*

2. Que cuando el artículo 173 del DFL N° 1 de 1996 dispone “en ningún caso”, está proscribiendo una determinada conducta y, la consecuencia legal frente a la infracción de un acto prohibido, es la nulidad absoluta de dicho acto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil⁷². Sumado a ello, el artículo 11 del mismo cuerpo legal⁷³, indica que un acto no deja de ser nulo, cuando existe un fraude a la ley, al vulnerar el fin expreso o tácito de la ley, lo que precisamente ocurre si, para eludir la prohibición legal, un *holding* empresarial asume el control propietario de una Isapre y de prestadores de salud. Se consolida aún más esta conclusión, si tenemos en cuenta la “teoría del levantamiento del velo”, que basada en los principios de la buena fe y prohibición de fraude a la ley, busca corregir los abusos que se producen cuando se utiliza la personalidad jurídica de la sociedad como cobertura para eludir el cumplimiento de alguna disposición legal⁷⁴.

Cualquiera sea la respuesta, lo cierto es que las Isapres forman parte activa en el engranaje que conforma el sistema sanatorial, más aún con el mecanismo de organización empresarial vertical que han asumido los grupos empresariales que controlan tanto a Isapres como a los prestadores de servicios médicos, acercando las funciones que ejercen cada uno de ellos, lo

⁷² Reza este artículo: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

⁷³ Esta disposición señala: “Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”.

⁷⁴ Véase: TOBAR, Javier. Ob. cit. (2012), 38-39pp.

cual es una muestra palmaria del moderno régimen mancomunado o pluriparticipativo que rige en este ámbito, impregnando la forma en que se ejecutan estos servicios para satisfacer el interés del prestatario de los mismos.

c. Las sociedades de profesionales médicos.

Otra de las fisonomías de esta nueva dinámica pluriparticipativa de la medicina contemporánea son las sociedades de profesionales médicos, mediante las cuales un conjunto de galenos crean una estructura jurídica bajo el ropaje de una sociedad, cuyo objeto social es el ejercicio común de la actividad profesional en el área de la salud.

De esta forma, puede decirse que el ejercicio de la profesión médica ya no sólo se realiza por personas naturales, sino también por organizaciones complejas que mancomunan a un conjunto de estos profesionales para la prestación del servicio que se imputa realizado por cuenta y bajo la razón o denominación de la sociedad. Así lo reconoce el profesor Hernán Corral Talciani, quien señala que “en las sociedades modernas las profesiones liberales difícilmente se ejercen de manera individual y lo corriente es que se formen equipos en que confluyen profesionales de la misma o diversas profesiones. La confluencia puede darse de hecho, como una organización no

formalizada jurídicamente, pero que opera como grupo, o mediante la constitución de una sociedad de servicios profesionales”⁷⁵ .

La temática de las sociedades de profesionales no cuenta con un estatuto jurídico propio y tampoco ha sido objeto de un estudio respecto a su influencia en el campo empresarial de la medicina, restringiendo en Chile sus comentarios a meros aspectos tributarios e impositivos que dejan ver una laguna interpretativa abismal en materia civil, en particular respecto a su posición en el mercado de la salud. Por lo anterior, se efectuarán unas breves observaciones respecto a ellas, valorando su importancia práctica en la actual dinámica pluriparticipativa de la medicina.

Las sociedades de profesionales, a nivel general⁷⁶, son el resultado del nuevo sistema de economía social de mercado, impactada fuertemente por la globalización y por el fomento de las libertades individuales en materia económica en desmedro de la intervención de los poderes públicos. El objetivo central de este modelo económico es la producción de riqueza, para lo cual promueve la organización empresarial en función de quienes tengan la potencia

⁷⁵ CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 276p. En el mismo sentido, GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 22p.

⁷⁶ Sobre aspectos generales de las sociedades de profesionales, véase: DELGADO G., Antonio. 1996. Las Sociedades profesionales: el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios. Madrid, Edersa; CAMPINS V., Aurora. 2000. La sociedad profesional. Madrid, Civitas; MARTÍNEZ, Alonso. 2007. Las sociedades profesionales: Análisis práctico de su nueva regulación. Barcelona, Experiencia Ediciones.

inversora necesaria para la satisfacción de un determinado interés de la población.

Con el transcurso de los años la expansión de objetos explotables económicamente se ha dilatado hasta el punto de incluir dentro de su órbita a las actividades profesionales tituladas. Se explica el interés por alcanzar estos rubros, pues ellas están asociadas a un “hacer”, lo cual está restringido a un cierto grupo social de *elite* que haya cursado largos estudios en una institución educacional sancionada públicamente mediante la respectiva titulación oficial universitaria, lo que impide el acceso a cualquier individuo que desee emprender en este tipo de materias⁷⁷.

Estas sociedades de profesionales, transitan en un nivel intermedio entre un régimen personalista, en atención su estructura interna y especial calidad de los individuos que deben conformarla, y un modelo capitalista, al configurarse como una fórmula de la cual resulta una fuente de riqueza que puede ser objeto de inversión dentro de la sociedad⁷⁸.

La incorporación de personas jurídicas a la prestación de servicios profesionales tan complejos como aquellos de la medicina, se ha transformado en absolutamente indispensable dada la complejidad propia del avance

⁷⁷ Nótese la gran rentabilidad económica que se genera a consecuencia de la explotación de los despachos de abogados, de firmas de arquitectos o de ingeniería, de consultores financieros, de publicistas comerciales o de gabinetes de médicos.

⁷⁸ ALONSO E., Francisco. 2012. La sociedad profesional y su régimen de gobierno. En: Las sociedades de profesionales: Estudios sobre la Ley 2/2007 de 15 de marzo. España, Civitas. 258p.

tecnológico y la especialización médica – la que fueron tratadas *ex ante* –, que hacen necesaria la implantación de sistemas de división del trabajo en organizaciones colectivas integradas jurídicamente de manera total para prestar el servicio.

Esta mutación trastoca las bases clásicas de la relación médico-paciente de antaño, esencialmente personalistas dada la simplicidad de la relación entre dos personas naturales e individuales, pasando a una nueva etapa en que la personalidad jurídica trasciende a tal modo que, mediante una entelequia jurídica, se considera que la sociedad de profesionales es quien presta los servicios profesionales y, en consecuencia, quien ha contratado para amparar la prestación de ese servicio médico en específico.

Este reconocimiento equivale a un salto cualitativo en materia profesional, pues debe discurrirse sobre la base que una personalidad jurídica (la sociedad de profesionales) que es capaz de prestar servicios de carácter inmaterial y eminentemente infungibles, transformándolo en una especie de nuevo profesional que puede prestar este tipo de servicios de manera personal.

Es así como, hoy en día, en respuesta a esta nueva realidad, es posible advertir en el mercado sanatorial que los establecimientos de salud contratan directamente a sociedades de profesionales para prestar servicios a sus pacientes, como por ejemplo, la realización de una determinada intervención quirúrgica. Nótese el avance retórico y terminológico: ya no es que se contrate a

un determinado médico para llevar a cabo un acto médico, ahora se contrata a la sociedad de profesionales, lo cual significa un avance innegable hacia la colectivización e impersonalidad en la prestación de los servicios sanatoriales.

A diferencia de lo que ocurre a propósito del grupo médico y el equipo médico, en la sociedad de profesionales se forma una persona jurídica independiente, la cual es diferente de los miembros individualmente considerados que la conforman, por lo que es susceptible de adquirir derechos y obligaciones, lo cual cambia el panorama para efectos de la prestación de servicios y la responsabilidad civil subsecuente en caso de generarse daños. En efecto, al ser un sujeto de derecho constituido legalmente, es capaz de contratar, por lo que, ya sea con el paciente o el establecimiento sanitario, es la sociedad de profesionales en su calidad de tal quien celebra todo tipo de contratos y, en consecuencia, es el obligado a la prestación del servicio que se haya prometido en virtud de esa convención.

Para el caso en que se incumpla el contrato generándose daños al prestatario, será la sociedad el centro subjetivo de imputación al cual deberá dirigirse y quien deberá responder con su patrimonio, responsabilidad civil que estará regida, como es de toda lógica, por el estatuto contractual. El profesional causador del daño también será responsable, pero ¿cuál es el fundamento normativo de esa responsabilidad? No puede ser contractual, pues quien ha celebrado el contrato es la sociedad de profesionales, que tiene un centro de

imputación propio, lo que fuerza a regirse bajo la égida aquiliana de responsabilidad civil⁷⁹.

En suma, las sociedades de profesionales constituyen una de las nuevas formas que asume la medicina asociativa contemporánea, bastante novedosa, según lo apuntado, dado que debe asumirse que un ente abstracto puede prestar servicios de naturaleza personal, lo cual, pese a la ausencia de un marco regulatorio institucional, influye sustancialmente en la dinámica práctica que tiene hoy en día el funcionamiento y organización de la prestación de servicios galénicos. Más todavía, la ejecución de prestaciones médicas por medio de entelequias jurídicas da cuenta de la evolución conceptual de la manera en que se presta la actividad galénica desde el simplismo e individualismo de antaño a una nueva mirada basada en el colectivismo y asociativismo.

⁷⁹ En este sentido, CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 277p. Discrepan con esta opinión los hispanos Manuel García y Juan Molinos, quienes optan por uniformar un régimen contractual, al decir que “cuando se plantee un caso de responsabilidad por acto u omisión negligente cometido por un profesional miembro de un gabinete, la demanda, la acción de responsabilidad civil normalmente se dirigirá a la vez contra el profesional causante material del daño y contra el gabinete al que pertenece, tratándose en ambos casos de una responsabilidad contractual”. GARCÍA B., Manuel y MOLINOS C., Juan. 1995. Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica: (aspectos jurídicos y médico forense). Granada, Editorial Comares. 475p.

4. La dinámica interna de los establecimientos clínicos.

Mención aparte merecen aquellas relaciones que nacen en el interior de quien representa al alma de la ejecución de prestaciones asistenciales contemporáneas, siendo el paradigma de la nueva medicina, esto es, de la empresa médica privada. En efecto, los establecimientos clínicos representan el lugar de máxima interacción social de una comunidad, pues logran aunar en un solo lugar un conjunto de los valores, principios, creencias y actitudes de una sociedad en una época en lo referente a materias de salubridad y otras áreas afines.

Es que en la época moderna las instituciones asistenciales constituyen la base del funcionamiento del sistema sanitario, pues son el verdadero motor y equipamiento del sistema de salud y es allí donde confluyen el conjunto de actores que representan el escenario de la salud como un todo.

Resulta indispensable para comprender a cabalidad el mecanismo asociativo mediante el cual se prestan servicios médicos en las empresas sanatoriales, el dilucidar los distintos tipos de relaciones que vinculan al establecimiento de salud con los médicos que prestan servicios en ellas, pues su funcionamiento y dinámica repercute de manera directa en la forma en que los establecimientos asistenciales responden por los daños que se causan a terceros en actos médicos quirúrgicos practicados en sus dependencias.

Cuando se estudia la literatura jurídica dedicada a la responsabilidad civil, lo usual es el estudio de las relaciones entre los prestadores y el prestatario, esto es, del galeno y/o el sanatorio con el paciente, sin referirse a las relaciones jurídicas que ligan a quienes componen la parte pasiva de la prestación médica. En cierto modo, es comprensible este enfoque, desde que es en el marco de las relaciones entre prestadores y prestatarios que se generan los daños que persiguen repararse mediante una acción indemnizatoria y parecería francamente infructuosa una investigación sobre responsabilidad civil, si no se tiene en vista a la víctima de los menoscabos, protagonista absoluto esta la nueva dinámica del Derecho de Daños⁸⁰.

Sin embargo, el avance sistematizador de la dogmática en este campo, exige el estudio de las relaciones internas médico-nosocomio, como un elemento interpretativo que se echa en falta al desarrollar los esquemas de

⁸⁰ Sobre el cambio de protagonista que ha tenido la responsabilidad civil desde el ofensor hacia la víctima del daño, puede leerse la obra de Eugenio Llamas Pombo. LLAMAS P., Eugenio. 2000. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. España, coordinador Moreno Martínez J.A., Editorial Dykinson. 299 y ss. pp. El también español Ricardo de Ángel Yagües, por su parte, sostuvo que hay una “tendencia de la jurisprudencia a orientar la interpretación y aplicación de los principios jurídicos tradicionales – basados en la doctrina de la culpa – por caminos de máxima protección de las víctimas de sucesos dañosos”. DE ANGEL Y., Ricardo. 1993. Tratado de responsabilidad civil. Madrid, Civitas. 56p. y 128 y ss. pp. En la doctrina francesa, podemos encontrar el elocuente raciocinio de Yvonne Lambert-Faivre cuando señala que el sistema evoluciona desde el Derecho de Daños que giraba en torno a la deuda de responsabilidad, hacia otro que lo hace alrededor del crédito indemnizatorio. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. 1987. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. *Revue trimestrielle de Droit Civil*: 1 y ss. pp. Por último, en Italia, una buena recopilación de este fenómeno en Andrea Violante. VIOLANTE, Andrea. 1999. *Responsabilità Oggettiva e causalità flessibile*. Napoles, Editorial Scient. It. 1 y ss. pp.

responsabilidad civil, pues el examen de estas conexiones entre los prestatarios permitirá delinear de mejor manera los alcances de sus obligaciones y entender las bases sobre las que descansan las modernas defensas en contra de las demandas de responsabilidad civil que abundan en sede judicial.

Así, por ejemplo, la depuración del alcance de las estas relaciones médico-sanatorio, permite descartar aquella interpretación jurídica que califica a la relación entre el sanatorio y el paciente, en aquellos casos que el paciente se relaciona primigeniamente con un médico que no forma parte de la organización de la clínica, como un arrendamiento de la infraestructura hospitalaria del primero al último. ¿De qué manera podría ser lógico que un paciente arriende el pabellón de un centro hospitalario sin requerir de la ejecución de los actos médicos del sanatorio? ¿Querrá el paciente arrendar una sala quirúrgica o pretenderá que el nosocomio preste un servicio médico integral que comprende la facilitación del pabellón? La respuesta fluye sin mayor esfuerzo.

La depuración de las relaciones médico-sanatorio, permitirá descartar la idea de tener a un establecimiento sanatorial como un arrendador de infraestructura a los pacientes, interpretación que se opone palmariamente con el objeto que persigue – por encargo legal – un establecimiento de estas características, situando en el lugar correcto a médicos y sanatorios cuando confluyen en la prestación de un servicio al paciente.

Debe tenerse presente eso sí, que la cuestión sobre las relaciones médico-sanatorio no es sencilla: es un campo de novel de tratamiento jurídico, escasa o nulamente desarrollado por la dogmática forense, pese al reconocimiento generalizado de las modernas tendencias de prestación médica mancomunada o pluriparticipativa a la que se ha hecho referencia. Su dificultad se acrecienta, al dar cuenta que esta materia se encuentra circunscrita a un área eminentemente práctica, de relaciones vivas, mutables entre uno y otro establecimiento y que para acceder a la información se requiere del testimonio de quienes se encuentran sujetos a estos regímenes de prestación de servicios, dada la inexistencia de material disponible que se refiera al régimen de sus relaciones.

Sin duda su estudio constituye una novedad exploratoria para ahondar en los efectos jurídicos de su composición y las repercusiones que esas relaciones tienen respecto a los casos de responsabilidad civil por daños a los pacientes, más aún cuando uno de los involucrados – los sanatorios – abogan por la inexistencia de relación causal frente a los daños que se suscitan en sus propias instalaciones.

En términos generales, es posible apreciar tres tipos distintos de relaciones entre los médicos y los establecimientos de salud con la finalidad de prestar servicios médicos a los pacientes, que los agruparemos del siguiente modo:

- (i) Médicos vinculados laboralmente con el establecimiento de salud;
- (ii) Médicos vinculados al sanatorio a través de contratos de honorarios y que, en virtud del mismo, forman parte del grupo de galenos de la clínica que ellos denominan *staff* clínico;
- (iii) Médicos que se catalogan en doctrina como “independientes” al sanatorio.

El criterio clasificador que sirve para distinguir estas categorías, radica en el mecanismo jurídico que relaciona al galeno con la institución de salud, esto es, el instrumento creador de derechos y obligaciones recíprocos entre estos prestadores de servicios médicos. Es a partir de este vehículo jurídico, que se extrae el elemento medular para definir, el grado de independencia o autonomía directiva de los facultativos respecto de las clínicas y el nivel de control de las últimas frente a los actos de los galenos, lo que da pie para argüir que es sólo uno o son varios los que se ligan con el prestatario de ese servicio.

Debe tenerse presente que cuando utilizo los vocablos independencia y autonomía, no lo hago desde un punto de vista científico o intelectual, ya que nadie podrá dudar de la libertad de ejercicio propia de esta profesión liberal, pero ello no debe asimilarse con la autonomía directiva o reglamentaría en la toma de decisiones, concepto que resulta esencial para efectos de la determinación de los civilmente responsables por daños causados al paciente.

Debe, asimismo, no perderse de vista que las distinciones que expongo no son rígidas e inamovibles y, por el contrario, ocurre de manera bastante frecuente que los médicos se encuentran encasillados en más de una categoría simultáneamente, como ocurre, por ejemplo, con el caso en que un mismo médico presta servicios bajo un contrato de trabajo respecto de una clínica y, fuera del horario fijado por dicho acuerdo, presta servicios para otra institución o incluso en el mismo establecimiento, en el marco de un contrato de honorarios o de manera independiente. Esta realidad es más frecuente de lo que se cree y agrega un nuevo problema para la determinación de los responsables de un eventual daño que se cause: determinar qué calidad asumió el médico a la época de ocasionar los perjuicios al paciente o si esa realidad es irrelevante, debiendo interpretarse en favor de la víctima del daño⁸¹.

Sin duda, lo anterior desdibuja los lineamientos de las categorías esbozadas – como suele suceder con toda categorización – pero su definición es un punto de partida para el análisis de las implicancias que las relaciones entre médicos y clínicas tienen en materia de responsabilidad civil por daños en el campo medical.

⁸¹ Como se verá, la solución debe venir dada por la utilización de un criterio interpretativo en favor de la víctima, garantista de su indemnidad, por medio del cual el paciente podrá asumir que ese médico tiene la calidad que éste haya aparentado u ostentado, lo que redundará usualmente en la responsabilidad civil de éste y la clínica, por la infracción de un contrato médico integral que los relaciona.

a. Médicos vinculados laboralmente con el establecimiento de salud.

Una alternativa por el que un médico puede estar vinculado jurídicamente con un establecimiento sanatorial y en función de tal relación prestar servicios a los pacientes que ésta reciba, es a través de un clásico contrato de trabajo. En mérito de este contrato el galeno prestará servicios médicos a los pacientes que ingresen a la clínica a cambio de una remuneración periódica del sanatorio- empleador, el cual contará con el poder para dar instrucciones y reglamentaciones internas a las cuales el facultativo se encuentra sometido.

En la actualidad, sin embargo, el instrumento laboral que relaciona a clínicas y médicos constituye una excepción, y su aplicación se encuentra restringida al personal auxiliar y colaborador de los actos propiamente médicos que ejecuta el galeno. Es decir, serán los funcionarios de enfermería, pabelloneros, y auxiliares paramédicos quienes estén sujetos a estos vínculos laborales, con todas las consecuencias asociadas a tal régimen: un salario o remuneración por estos servicios, un horario fijo; y, como contrapartida, una relación de subordinación y dependencia respecto del empleador representado por la clínica.

No obstante lo dicho, existe un limitado campo en que también se utilizan relaciones de carácter laboral entre profesionales médicos y las instituciones de salud, consistente en aquel personal galénico que permanece en los servicios de urgencia o emergencia de estos establecimientos clínicos, usualmente bajo

un sistema de turnos. En efecto, una parte importante de los servicios que ofrecen las clínicas proviene precisamente de los servicios de urgencias a los que recurren los pacientes ante alguna precipitada contingencia adversa de salud, la cual requiere de una oferta regular y continua, que es satisfecha por medio de contratos de trabajo.

La estabilidad que ofrecen los contratos bajo sujeción laboral por medio de un sistema de turnos, transforma en más eficiente la contratación de estos facultativos, pues permiten asumir y satisfacer la demanda continua de solicitudes de emergencia que ingresa a los centros hospitalarios.

Lo usual en estos casos, es que los médicos sean contratados por las clínicas por un número de horas semanales determinadas, lo que faculta a los mismos galenos a prestar servicios bajo un contrato de honorarios en el mismo establecimiento o en otro distinto, permitiendo a éstos diversificar su ámbito de prestación de servicios.

Bajo estos supuestos, si bien estos facultativos conservan su autonomía científica para tomar los medios de acción que estimen pertinentes para recuperar la salud del paciente, se encuentran sometidos a las reglamentaciones directivas internas propias de un contrato de trabajo: libro de asistencia, horarios de atención, turnos en la prestación de servicios, la utilización de la imagen corporativa, entre otras cargas típicas de las relaciones propiamente laborales.

A los pacientes ingresados por urgencias y atendidos por el personal médico dependiente laboral de la clínica, se les denomina usualmente “paciente institucional”⁸², haciendo un símil de la nomenclatura utilizada en el sector público de la salud.

Desde la perspectiva del Derecho de Daños, ya desde largo tiempo que no existen dudas respecto a la responsabilidad civil de las clínicas por el hecho ajeno de los médicos contratados laboralmente que hayan causado daños de manera negligente, sin perjuicio de la responsabilidad directa que puede concurrir por las negligencias en la organización y funcionamiento. Estos facultativos son empleados dependientes de la clínica, sin necesidad de recurrir a las tendencias expansivas de tal noción, zanjando a cabalidad toda discusión respecto de la implicancia del nosocomio respecto de tales menoscabos⁸³.

En virtud de tal conclusión, los sanatorios serán civilmente responsables, ya sea indirectamente por el hecho culpable de sus dependientes; o directamente, por consideración a una negligencia en la organización misma del acto clínico.

Tampoco cambiará tal corolario según se invoque la responsabilidad aquiliana o contractual, puesto que, en el primer caso, tendrán aplicación los

⁸² Al igual que aquellos pacientes que tienen una Isapre perteneciente al mismo *holding* de la clínica donde reciben las prestaciones médicas.

⁸³ Tema aparte es la defensa de las clínicas basada en la inexistencia de un acto culpable de dicho dependiente, pero dicha excepción dice relación a los aspectos generales de la responsabilidad civil por daños y escapa del ámbito de la presente investigación.

artículos 2320 y 2322 del Código Civil, que configuran la típica responsabilidad por el hecho ajeno, mientras que en el segundo caso, se dará solución conforme el artículo 1679 del mismo cuerpo legal, esto es, una responsabilidad civil la negligencia de un tercero introducido en el cumplimiento de su prestación⁸⁴.

La única complicación que se advierte respecto de estos galenos, viene dada por aquellos casos en que el facultativo se relaciona con la clínica a través de un contrato de trabajo y, simultáneamente, por un contrato de servicios u honorarios o un mero privilegio para actuar en ella, pues en estos casos la defensa de las clínicas buscará encasillar la prestación de sus servicios dentro de la obligaciones que emanaban del contrato de honorarios o en ejecución de la habilitación otorgada y no de aquel laboral, con el objeto de impedir configurar los presupuestos de la responsabilidad civil por los hechos del dependiente. En estos casos, debe echarse mano a criterios interpretativos que favorezcan a la víctima y que encasillen la relación bajo el prisma más favorable

⁸⁴ Sobre la responsabilidad civil del deudor por la culpa de los dependientes y agentes en materia contractual, se pronuncia el profesor Pablo Rodríguez Grez, quien sistematizando la materia apunta que: “[...] los artículos 1925, 1926, 1929, 1941 y 1947 al tratar del contrato de arrendamiento; los artículos 2000 inciso 2° y 2003 regla 3ª al tratar del contrato de confección de obra material; los artículos 2014 y 2015 inciso final al tratar del arrendamiento de transporte; los artículos 2242 y 2243 al tratar del depósito necesario, etc., dejan clara constancia de que la culpa del contratante comprende la culpa de sus agentes y dependientes [...] en la responsabilidad contractual no se responde del hecho ajeno, porque éste no tiene la condición de tal, sino que, por una ficción legal, se trata de un hecho propio (la conducta del deudor y del tercero se hallan ‘comprendidas’)”. RODRÍGUEZ G., Pablo. 2005. Acerca del artículo 1679 del Código Civil. Revista de Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (12): 193p.

para el ejercicio de la acción judicial del ofendido, más todavía teniendo en cuenta la imagen proyectada por el galeno al prestar los servicios sanatoriales.

b. Médicos contratados a honorarios por el sanatorio.

Los médicos contratados a honorarios constituyen una gran masa de galenos que prestan servicios en los establecimientos clínicos y que, con el paso de los años, han tenido una exponencial aumento. En efecto, las nuevas fórmulas de organización interna de las clínicas han optado por un sistema que privilegia la contratación de los servicios de galenos por medio de este tipo de contratos, dada la mayor flexibilidad que esta ofrece a los facultativos, que pueden desarrollar su actividad para distintos nosocomios, diversificando sus ingresos y posibilidad de atención dada la cantidad de paciente que pueden atender en cada uno de los centros y que impone menos cargas que las que supone un contrato de trabajo.

El profesor Pedro Zelaya Etchegaray, refiriéndose a esta realidad, señaló que “los hospitales y otras organizaciones que proporcionan institucionalmente tratamientos médicos en gran escala, han incrementado el número y frecuencia de acuerdos económicos con doctores independientes (no empleados pertenecientes al *staff*) para que éstos colaboren con el servicio ofrecido por el

hospital”⁸⁵. Si bien el autor reconoce el fenómeno por el cual ha aumentado el número de facultativos sin contrato de trabajo en términos estrictos⁸⁶, confunde a aquellos médicos que dicen formar parte del *staff* de la clínica con los facultativos independientes, pues es evidentemente contradictorio el afirmar que es un galeno independiente, si pertenece al grupo de médicos que conforman el equipo de profesionales del centro de salud. Ambas categorías son distintas y no deben confundirse para los efectos de la depuración de estas relaciones galeno-nosocomio.

Advierte también esta nueva tendencia en las relaciones médico-sanatorio, María Josefina Tocornal, al afirmar que “es habitual que gran parte de los médicos no tengan una relación de subordinación y dependencia formal al establecimiento de salud. Se escrituran otro tipo de contratos como arrendamiento o prestación de servicios inmateriales, comodatos, asociaciones etc., pero, por lo general, no contratos de trabajo con su *staff* médico. Se trata de una situación recurrente, a través de la cual el establecimiento de salud se beneficia y lucra de los médicos y su buena imagen sin asumir la

⁸⁵ ZELAYA E., Pedro. 1997. Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales). Revista de Derecho y Jurisprudencia, Doctrinas Esenciales, Derecho Civil, Obligaciones (1): 634p.

⁸⁶ Cabe precisar que, hoy en día, no es que estos médicos sin contrato de trabajo “colaboren con el servicio ofrecido por el hospital” como señaló Zelaya, sino más bien componen la masa profesional a través del cual se ejecutan la mayoría de las prestaciones de servicios sanatoriales.

correspondiente responsabilidad frente a terceros en caso de negligencia médica en la atención de salud”⁸⁷.

La autora repara en una realidad que parece indesmentible: la variación en la forma en que se vinculan galenos y establecimientos clínicos, ha sido fomentada por éstas últimas en un intento por eludir la responsabilidad civil que deben asumir por las negligencias ocasionadas en sus dependencias. No debe pensarse entonces, que la alteración del régimen de relaciones responde a una natural evolución de las formas de contratación, sino que la finalidad es perversa y está basada en los intereses económicos de quienes manejan la industria de salud. De este modo, la vinculación por medio de contratos de trabajo ha dado paso a profesionales relacionados a través de contratos de honorarios.

Es que incluso aquellos médicos que conforman su equipo de profesionales, en muchas ocasiones, no están vinculados por medio de contratos laborales, sino por meros contratos de honorarios, pese a la apariencia de actuar como si fueran dependientes del mismo, lo cual no debe olvidarse a la hora de atribuir responsabilidad civil para reparar los daños que se ocasionen al paciente.

⁸⁷ TOCORNAL C., María. 2013. La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados. Memoria para optar al grado de Doctor en Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 81p.

Ese contrato de honorarios, funciona como un verdadero acuerdo organizativo o de colaboración de carácter económico para la prestación del servicio sanatorial a terceros, mediante el cual la clínica facilita a los médicos el uso de un box para recibir y atender a los pacientes que recurran el centro asistencial y, para el caso en que esos pacientes requieran de tratamientos quirúrgicos, programará con el paciente la práctica de la intervención en la institución de salud, estando autorizados para utilizar la infraestructura hospitalaria y personal auxiliar de la clínica necesario para llevarla a cabo. La clínica a su vez, recibirá honorarios por dichos actos médicos y se aprovechará del prestigio de esos galenos, atrayendo a clientes que requieran de servicios hospitalarios.

En definitiva, la gran cantidad de galenos de un establecimiento sanatorial no está ligado a través de un contrato de trabajo, sino que, la forma en que se ha desenvuelto la responsabilidad civil en este campo del Derecho, ha repercutido en que la operatoria por médico de profesionales a honorarios se haya masificado en la industria sanatorial.

c. Los llamados médicos “independientes” a la institución de salud.

Por último, tenemos una categoría que se ha utilizado recurrentemente en doctrina, pero en que parecen no estar bien definido los contornos que componen su esencia, se trata del denominado “médico independiente”.

Repárese en la dificultad que existe por delimitar un concepto que nace como la oposición a la noción de médico “dependiente”, de mayor usanza en el vocabulario forense, la cual ha estado sujeta a una evolución permanente a lo largo del tiempo y que incluso hace un par de decenios tenía una fisonomía totalmente diferente a la actual, al ampliar su espectro a situaciones que antes no quedaban encuadradas dentro sus fronteras conceptuales⁸⁸. La indeterminación de lo que se entiende por médico dependiente, acarrea la imprecisión de la noción que constituye su antítesis, siendo más o menos amplia en consideración a la holgura o estrechez del concepto que le sirve de base.

Desde un punto de vista etimológico, la voz “independiente”, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua⁸⁹, significa que no tiene dependencia, que no depende de otro, es decir, aquello que es autónomo a una autoridad o jurisdicción, por lo que al ser usado como adjetivo asociado al

⁸⁸ Sobre la evolución del concepto de vínculo de dependencia en la responsabilidad civil del empresario, véase: ZELAYA E., Pedro. 2002. La responsabilidad civil por el hecho ajeno y el seguro. Revista Chilena de Derecho 29 (1): 98-108pp.

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. [en línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=independiente>> [consulta: 21 de julio 2015].

sustantivo “médico”, quiere reputar a aquel galeno que es autónomo a otro agente de salud para el desempeño de su actividad.

Los autores entonces al referirse a los médicos independientes, han pretendido esbozar a aquel facultativo que ejecutando un acto médico en una institución sanatorial, sin embargo, carece de vínculos formales de subordinación o dependencia con ésta y ni siquiera pertenece al denominado *staff* clínico o al grupo de médicos asociados a su red de médicos (diferenciándolos de los médicos empleados y aquellos con contratos de honorarios), por lo que no se encontraría sujeto a su imperio y señorío.

Dicha posición – a ojos de los tratadistas de la materia – los diferenciaría del resto de galenos que pululan en los nosocomios, desde que, al ser autónomos al centro médico, sus acciones u omisiones negligentes no repercutirían en la responsabilidad civil de los sanatorios, ya que no pesaría sobre los empresarios de salud deberes de elección, vigilancia o control sobre los cuales fundamentar una eventual responsabilidad civil por los daños que se ocasionen a los pacientes a consecuencia de su actuar en dependencias de la clínica.

Tal forma de percibir la actuación de este tipo de facultativos, que implica la irresponsabilidad civil de los sanatorios frente a los actos negligentes de

estos médicos⁹⁰, es lo que ha llamado la atención de su estudio, pues los sanatorios ven en estos agentes de salud una “llave de salida” para exonerarse de la responsabilidad civil que pudiere haberles por los daños a pacientes que se generan en su establecimiento de salud.

Si es que los nosocomios pueden prestar su servicio de salud utilizando un médico por el cual la clínica deberá responder y otro por la cual la misma no deberá hacerlo, claramente optará por aquel que signifique menor peligro de asumir el costo de reparar el daño. Es lo anterior, lo que ha fomentado de parte de las clínicas la ejecución de sus obligaciones por intermedio de estos facultativos llamados independientes, ya que, en caso que éstos ocasionen menoscabos, pueden excusarse de repararlos fundado precisamente en la ausencia de deberes de control y elección sobre esta categoría de galenos.

Así lo reconoce, por ejemplo, María Josefina Tocornal, refiriendo a la realidad norteamericana, al decir que “[...] muchos establecimientos de salud han intentado evadir la responsabilidad por mal praxis en ciertas áreas riesgosas – como salas de urgencias – a través de la contratación de profesionales independientes. La lógica de solo admitir responsabilidad por los hechos de los profesionales dependientes formales pretende dejar fuera de juego los servicios más complejos y riesgosos”⁹¹. Esta es precisamente la línea

⁹⁰ Salvo, claro está, respecto de los supuestos en que puede imputarse directamente alguna negligencia en la organización o control al prestar los servicios médicos.

⁹¹ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 93-94pp.

que se observa en Chile, en donde resulta cada vez más usual la utilización de médicos independientes al centro médico, restringiendo así eventuales riesgos que deba asumir la clínica por menoscabos causados a prestatarios de servicios sanatoriales.

Es de este modo, como la categoría de médicos independientes se ha levantado como una fórmula tendiente a evadir la responsabilidad civil de las clínicas, al encontrarse más borroso el fundamento imputativo por el cual las clínicas deban reparar los daños de prestatarios de servicios médicos en sus dependencias.

Sin embargo, el funcionamiento interno o la realidad práctica de cómo se prestan los servicios sanatoriales en un establecimiento de salud, trastoca el fundamento que se encuentra detrás de la irresponsabilidad civil de la clínica por los actos de los llamados médicos independientes. En efecto, si bien muchos de los facultativos que intervienen en estos sanatorios, no se encuentran ligados con éstos por contratos de trabajo en términos estrictos, ni mediante contratos de honorarios, no es menos cierto que todos ellos requieren necesariamente de una previa y oficial acreditación interna de parte del servicio de salud, sin la cual no pueden realizar acto médico alguno, pues carecen del privilegio o habilitación que los faculta para intervenir en la institución. Esta situación hace preguntarse si ¿son realmente independientes estos galenos si requieren autorización para realizar sus actos médicos?

Si se requiere que el facultativo cuente con acreditación oficial de la clínica para prestar un servicio médico, malamente puede sostenerse que aquel médico se encuentra aislado y es autónomo de otro agente de salud, pues precisa de otro para llevar a cabo la actividad, lo que desdibuja su supuesta independencia que lo define y hace nacer en la clínica que le otorga el privilegio, un conjunto de deberes permanentes de control, supervigilancia y revisión de sus antecedentes profesionales, de su calidad profesional y su experiencia que justifiquen la acreditación brindada⁹². Para decirlo de otro modo, la idea de médico “independiente” se cimienta sobre la base de una absoluta autonomía entre éste y el sanatorio, lo que justifica la exoneración de responsabilidad civil del segundo por los actos negligentes del primero; hipótesis que se desmorona frente al sistema de acreditación impuesto por los sanatorios respecto de la gran mayoría de los médicos que intervienen en sus dependencias⁹³. De esta manera, es impropia la adopción de la nomenclatura “médico independiente”, pues no obedece a la realidad práctica de desenvolvimiento de las relaciones galeno-sanatorio⁹⁴.

⁹² TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 61p.

⁹³ Sin perjuicio de otros fundamentos, que se tratarán más adelante, que permiten argumentar el por qué las clínicas deben asumir responsabilidad civil por los daños que se ocasionen a los pacientes en la ejecución de actos médicos de parte de este tipo de facultativos.

⁹⁴ Pese a lo dicho, durante la presente investigación, utilizaremos esta denominación con el objeto de facilitar la comprensión del lector, al ser ésta la nomenclatura usualmente utilizada por la literatura jurídica para referirse a esta categoría de galeno, aunque teniendo presente los yerros y contradicciones en su formulación.

En definitiva, la mayoría de los médicos que se califican como independientes, en verdad se encuentran vinculados con los sanatorios por intermedio de sistemas de acreditación que los autorizan para actuar en el centro asistencial y que imponen al nosocomio una serie de deberes de monitoreo permanente de su comportamiento, lo que echa por tierra aquella doctrina que funda en la ausencia de deberes de control la irresponsabilidad de los establecimientos sanatoriales, haciendo tambalear el propio concepto de “médico independiente”.

Capítulo Segundo. El contexto dogmático jurídico. El particular escenario de la responsabilidad civil sanatorial.

SUMARIO: 1. La decadencia del sistema de responsabilidad civil individual. 2. Práctica mancomunada y responsabilidad individual: la paradójica posición de algunos autores. 3. Los cocatalizadores de la paradoja: la contractualización de la responsabilidad civil y el fraccionamiento del haz obligacional. 4. La consecuencia de la nueva tesis sostenida por las clínicas: su irresponsabilidad civil a consecuencia de los daños ocasionados por los médicos llamados “independientes”. 5. La defensa de las clínicas: desde la ausencia de dependencia hacia la negación de su carácter de prestador médico. a. Primera etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede aquiliana: la defensa de las clínicas basadas en la ausencia de dependencia. b. Segunda etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede contractual: la metamorfosis de la defensa de las clínicas.

1. La decadencia del sistema de responsabilidad civil individual.

Los Códigos Civiles clásicos del siglo XIX – como es aquel redactado por Bello y que entró en vigor en el año 1857 – se inspiraron, en materia de responsabilidad civil, principalmente en tres principios rectores que constituyeron un avance para la época: el universalismo, el moralismo y el individualismo⁹⁵.

El universalismo dice relación con la admisión de principios generales de alcance universal e igualitario para los hombres, los cuales pudieran englobar múltiples supuestos en una misma regla jurídica. En el caso chileno, este

⁹⁵ VINEY, Geneviève. 2007. Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, Traducción de Fernando Montoya Mateus. 38-39pp.

principio rector se manifiesta palmariamente en el artículo 2314 del Código Civil, norma inspirada en el artículo 1382 del *Code*, erradicando el sistema de “caso a caso” imperante en la época pretoriana⁹⁶.

El moralismo, por su parte, atiende a la estrecha relación entre moral y responsabilidad civil en que el legislador se inspiró, lo cual que explica que la culpa se haya levantado como el centro de imputación del Derecho de Daños, en virtud del cual se consolidó el adagio forense “no hay responsabilidad sin culpa”, colocando en el centro del sistema al causador del daño y no en la víctima del mismo⁹⁷.

Por último, el individualismo, principio inspirador referido a que los supuestos e hipótesis tratados a lo largo de la regulación de la responsabilidad civil se refieren a relaciones singulares tendientes a resolver conflictos interindividuales que se produjeran, sin contemplar estructuras complejas o

⁹⁶ Apunta la tratadista francesa Geneviève Viney que “el mosaico de costumbres que regía en la antigua Francia, ciertos hombres del nuevo régimen, en particular NAPOLEON, quisieron sustituirlo por un derecho unificado inspirados en los principios revolucionarios. [...] en cuanto partidarios convencidos de la escuela del derecho natural, creían en la existencia de reglas jurídicas válidas para todos los países y todas las épocas [...]”. Es allí donde está “el origen de la admisión del principio general de responsabilidad civil que había propuesto precisamente DOMAT y que enuncia el artículo 1382 [...]”, con el fin de “formular una regla de alcance universal y eterno lo que se desprende de los trabajos preparatorios”. VINEY, Geneviève. Ob. cit. (2007), 38-39pp.

⁹⁷ Es sabido que la evolución del Derecho de Daños ha tenido como principal baluarte el cambio de visión que se tiene sobre el enfoque de la responsabilidad civil, observándose un desplazamiento desde el ofensor a la víctima del daño. Véase: LLAMAS P., Eugenio. 2007. Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños. En: La responsabilidad civil y su problemática actual. España, Editorial Dykinson. 447p.

plurales⁹⁸. Explica la adopción de este criterio, la actividad económica predominante en la época en que entraron en vigencia los códigos decimonónicos basadas en sistemas de producción eminentemente artesanales y agrícolas de carácter netamente individual. Es esta la razón que explica que se encuentren ausentes casos de responsabilidad colectiva⁹⁹.

En este sentido, la misma autora francesa, refiriéndose al *Code Civil* de su país, señaló que un “rasgo característico del sistema del Código Civil reside en haber tomado partido por el individualismo. En efecto en ese Código no se encuentra ninguna alusión a los casos de responsabilidad colectiva que se habían mantenido en el antiguo derecho francés [...] en caso de daños se trataba entonces de un litigio entre individuos que era necesario resolver”¹⁰⁰.

Sin embargo, el advenimiento de la modernidad con la consecuente transformación social, económica y cultural de la sociedad, erosionó los principios clásicos de responsabilidad civil individual, forzando un

⁹⁸ No debe creerse, sin embargo, que los criterios atributivos colectivos no han tenido acogida históricamente, pues en los albores de la responsabilidad civil, principalmente en los inicios del Derecho Romano, los sistemas atributivos se basaban en dichos principios. En efecto, los daños que se causaban a un ofendido producto de una acción u omisión individual del victimario, no sólo tenían consecuencias en quien las ocasionaba, sino que afectaban también a la tribu, clan o familia del cual era parte el ofensor. Además, la culpa no se levantaba como el criterio por el cual se imponía castigo frente al daño, imponiéndose un criterio objetivista por el cual, frente a la mera causación de un daño se facultaba al ofendido para perseguir una reparación autocompositiva de los perjuicios sufridos.

⁹⁹ Hace excepción a esta regla el caso de los daños que se causan por las cosas que se caen o arrojan de la parte superior de un edificio, a que se refiere el artículo 2328 del Código Civil.

¹⁰⁰ VINEY, Geneviève. Ob. cit. (2007), 40p.

replanteamiento interpretativo de las instituciones para abordar adecuadamente las nuevas contingencias.

No sin razón, el académico trasandino Augusto Mario Morello expresó que, estamos frente “a una arrolladora evolución de instituciones clásicas que necesitan ser adaptadas, flexibilizadas para ser puestas en situación a fin de abastecer – con renovados reflejos y técnicas – los problemas y requerimientos que hoy se suscitan en la triturada sociedad del riesgo”¹⁰¹.

Precisamente, una de las manifestaciones de este desacomodamiento de los principios tradicionales a las nuevas tendencias socioculturales propias de la modernidad, es la decadencia del sistema de responsabilidad civil individual, que de manera paulatina a partir de finales del siglo XIX y con mayor propiedad durante el siglo XX se impuso en el Derecho de Daños, como consecuencia del nuevo paradigma en la ejecución de actividades, ya que la fuente de las relaciones jurídicas dejó de referirse a vinculaciones intersubjetivas entre sujetos aisladamente considerados, ampliando su ámbito de aplicación a hechos en que intervienen una pluralidad de sujetos activos, múltiples sujetos pasivos o de ambos conjuntamente.

No obstante lo dicho, si bien en la actualidad el individualismo parece desacomodado frente el avasallador avance de la sociedad de masas, esta

¹⁰¹ MORELLO, Augusto. 2005. Las derivaciones interhospitalarias y los deberes secundarios de conducta. Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Santa Fe, Editorial Universidad Nacional del Litoral. 357p.

forma de componer el sistema de responsabilidad civil no puede criticarse irreflexivamente olvidando el período en que fue formulado ni menos pensar que dicho lineamiento es recogido por los códigos civiles de la época por concepciones filosóficas antojadizas de sus redactores, sino que, como es natural, ésta constituía el reflejo de la realidad de las transacciones de aquella época, siendo este principio el que de mejor manera resolvía los problemas jurídicos que se planteaban a la sazón, esto es, la existencia de operaciones interindividuales, con una fisonomía netamente individualista y personalizada entre dos sujetos que se relacionaban personalmente, como ocurre con los vínculos comerciales entre proveedor y el adquirente del bien o servicio, los comercios minoristas, las actividades agrícolas, la faena ganadera, las relaciones de vecindad, es decir, todas relaciones cuya fisonomía era esencialmente individualista¹⁰².

Es decir, las formas en que se desenvolvían las relaciones entre individuos necesitaban de un criterio símil para dar solución a los conflictos que se originaban frente al incumplimiento o frente a los daños que se ocasionaban extracontractualmente, razón por la que el legislador no tuvo más que entregar a los justiciables el marco legal propicio para enfrentar tales contingencias, encontrando en el sistema individual tradicional una herramienta eficaz para alcanzar tal objetivo.

¹⁰² BARRÍA D., Rodrigo. 2008. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Memoria para optar al grado de doctor en Nuevas Tendencias en Derecho Privado. Salamanca, España, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. 4p.

Lo cierto es que la idea clásica de responsabilidad civil buscaba resolver los conflictos usuales que ofrecía el tráfico jurídico de la época, que se basaba en relaciones interindividuales propias de la economía minorista del siglo XIX, sin embargo, la evolución del sistema transaccional – bajo el amparo del capitalismo y la globalización – transformó los tipos de intercambios, la velocidad de las operaciones y la naturaleza de los operadores, lo que redundó en la aparición de una nueva perspectiva, esto es, la responsabilidad colectiva o socializada.

Alguna doctrina nacional ha dicho que “se ha pasado así de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva. Hoy, la mayor parte de los eventos dañosos no son imputables, si esta se hace rigurosamente, a un individuo aislado, sino a grupos, a veces muy numerosos de individuos, la sociedad toda o el individuo anónimo [...] Esta evolución del derecho de responsabilidad civil le ha significado una profunda crisis. Es evidente la erosión que han experimentado los pilares de la teoría de la responsabilidad civil, contruidos de acuerdo con los postulados de la codificación”¹⁰³.

Por su parte, el académico español Luis Díez-Picazo elocuentemente denominó a este fenómeno “desindividualización del Derecho de Daños”, sosteniendo que “muchos de los eventos dañosos son difícilmente imputables, si la imputación se realiza rigurosamente, a un individuo aislado y más bien

¹⁰³ LAGOS N., Patricio. 1990. La responsabilidad objetiva. Santiago, Editorial Paced. 49p.

tienen que serlo algún conjunto más o menos numeroso de individuos”¹⁰⁴, agregando como corolario de sus observaciones, que “finalmente, se llegará a la inevitable conclusión de que el fenómeno de la totalidad de los daños, de los costos de esos daños y de la forma de hacer frente a tales costos, no es, porque no puede serlo, un asunto estrictamente individual, sino un asunto que atañe a la comunidad entera”¹⁰⁵.

De este modo, la transformación del tráfico jurídico hacia nuevos paradigmas de prestación mancomunada y asociada por múltiples agentes destinados a satisfacer intereses supraindividuales de los ciudadanos o de múltiples individuos, ha conducido a una crisis del sistema de responsabilidad civil individual tal y como lo conocemos, pues su marco normativo parece desajustado para solucionar la nueva realidad social imperante, quedando rezagado frente a la nueva composición transindividual que los fenómenos de la globalización e industrialización han impuesto en la sociedad.

Sin embargo, esta desindividualización del Derecho de Daños con la que tan elocuentemente se denominó a esta tendencia y la consecuente colectivización del sistema de prestación de servicios profesionales, se enfrentan – hasta la actualidad – con el escollo que significa la petrificación del sistema de responsabilidad civil utilizado para resolver estos conflictos jurídicos. Con el paso de los años, parece inexorable la necesidad que la nueva

¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. 1999. Derecho de Daños. Madrid, Civitas. 160p.

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit. (1999), 159p.

composición transindividual, se afiance y termine por imponerse impregnando los sistemas de responsabilidad civil mediante los cuales se resuelvan los conflictos en sociedad, variando la forma en que se atribuye responsabilidad en el Derecho de Daños.

2. Práctica mancomunada y responsabilidad individual: la paradójica posición de algunos autores.

Una cuestión central que se ha desarrollado en el primer capítulo de la presente investigación, es que la práctica médica ha mutado en el último medio siglo pasando de una medicina “sacerdocio” hasta las nuevas estructuras sanatoriales empresarialmente organizadas para la ejecución de los servicios medicales, en donde la individualidad ha quedado rezagada frente a la mancomunidad o pluriparticipación médica.

Esta nueva forma de prestar servicios médicos no ha sido desconocida por la literatura jurídica nacional e internacional más novel de este campo, por el contrario, la mayoría de ellos advierten la transformación de la actividad galénica.

Podría pensarse que el reconocimiento de tal fenómeno redundaría en la aplicación de sistemas de responsabilidad civil que amporen esta

mancomunidad o asociatividad, imputando colectivamente la responsabilidad frente a la generación de daños al prestatario de estos servicios. Sin embargo, la generalidad de los autores, al desarrollar los esquemas jurídicos sobre los que se atribuye responsabilidad civil por daños causados a pacientes en el ejercicio de la profesión médica, persisten con la aplicación de aquellos desarrollos dogmáticos basados en la tradicional responsabilidad individual de quienes conforman la estructura empresarial de salud, imputando atomizadamente a sólo parte de dicho colectivo¹⁰⁶.

Es que pareciera que el tradicionalismo legista triunfa sobre la realidad social e institucional vigente, puesto que indiferentemente a que la actividad galénica se desarrolle aisladamente o mancomunadamente, se imponen esquemas individualistas que atomizan la atribución de responsabilidad.

En lo que sigue, expondré algunos ejemplos de la doctrina nacional¹⁰⁷, para poner en evidencia el doble discurso y la contradicción lógica al reconocer los cambios que ha sufrido la medicina en el contexto fáctico institucional, mientras en el contexto dogmático jurídico, esto es, al construir el sistema de responsabilidad civil por daños en el ejercicio de esa prestación, se fundan en

¹⁰⁶ Esta dicotomía es advertida también por el profesor Hugo Cárdenas Villarreal. CÁRDENAS V., Hugo. 2014. La clínica como arrendadora de espacio e infraestructura. Análisis de una defensa recurrente. En: Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso. 665p.

¹⁰⁷ En la segunda parte de la presente investigación, me referiré de manera más detallada, respecto a aquellos autores que promueven una atribución particularizada de la responsabilidad civil en los agentes sanatoriales, incluyendo a autores de otras naciones.

estructuras esencialmente individualistas, que concentran la responsabilidad a pesar de la prestación conglomerada.

El profesor Pedro Zelaya Etchegaray, expresó respecto a las modernas tendencias de responsabilidad civil médica que, “[...] 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 [...] se ha producido una verdadera despersonalización de la atención médico-sanitaria, ya que cada día es mas [sic] 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 y paramédico”¹⁰⁸. Prosiguiendo con la descripción del colectivismo sanitario, el académico agregó 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

¹⁰⁸ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 586-587pp.

avanzando paulatinamente hacia el ejercicio médico en grupo y empresarialmente organizado al interior de un hospital público o privado”¹⁰⁹.

Pese al certero reconocimiento grupal de la actividad galénica moderna, paradójicamente, se ciñe a criterios individualistas para la determinación de la órbita obligacional del médico y del establecimiento de salud. En efecto, al analizar el acuerdo de voluntades por el cual el paciente se somete a los actos médicos para recuperar su salud, desintegra el vínculo en dos contratos distintos entre sí, el primero que lo liga con el galeno y, el segundo, con el sanatorio, como si aquellos protagonistas actuaran de manera aislada e independiente persiguiendo objetivos diametralmente diferentes. Explicó Zelaya sobre este punto que “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

¹⁰⁹ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 588p.

siendo responsable de las negligencias propias del acto médico ejecutado por el profesional médico y/o por su equipo"¹¹⁰.

De este modo, el autor si bien reconoce la colectivización práctica de la actividad médica, utiliza un criterio atomizador que descompone los vínculos que se generan con el paciente y, consecuentemente, los efectos derivados del incumplimiento de ese contrato, dándose la paradoja entre un enfoque asociativo frente al cumplimiento, pero atomista frente al incumplimiento.

Siguiendo esta línea argumentativa, Baltazar Guajardo Carrasco, sostuvo, en cuanto a la nueva realidad sanatorial, que "en relación a la clínica privada y a los equipos médicos, el surgimiento de estos nuevos sujetos de responsabilidad tiene su origen en el desarrollo del ejercicio profesional. Y que es consecuencia a su vez de un cambio general en el modo de practicar las profesiones. Al respecto, se ha dicho que las transformaciones del orden económico y social y el progreso científico de los tiempos modernos han determinado numerosas mutaciones en las formas tradicionales del ejercicio de las profesiones"¹¹¹.

¹¹⁰ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 593-594pp.

¹¹¹ GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 21-22pp. Incluso sistematiza las causas de los cambios en: "a) [las] nuevas formas de organización interna; b) [las] nuevas técnicas y métodos de asunción y seguimiento del trabajo; y c) [la] tendencia actual a la agrupación de varios profesionales para el ejercicio asociado o en común (e incluso impersonalizado, a través de un ente societario) de las actividades profesionales". GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit., 22p.

Sin embargo, ulteriormente al analizar la responsabilidad civil sanatorial, en aquellos casos en que el paciente recurre primigeniamente a un galeno (reiterando el mismo criterio clasificador de Zelaya), vuelve al paradigma individualista y desdobra el contrato médico para entender que existe un contrato con el profesional médico y otro distinto y autónomo con la clínica u hospital que denomina contrato de hospitalización, cuyo objeto es “el alojamiento y atención de carácter hotelero”¹¹². Para arribar a tal conclusión, distingue tres tipos de actos que comprenden la relación contractual paciente-hospital y galeno: el acto extramédico, el acto paramédico y el acto médico¹¹³; distinciones artificiales que apuntan lisa y llanamente a un análisis individualista del campo obligacional de los involucrados.

De este modo, bajo dicho sistema de atribución de responsabilidad civil, el autor rehuyó de las nuevas tendencias de la responsabilidad sanatorial basados en el ejercicio mancomunado y empresarialmente organizado de la medicina – que el mismo reconoce – y se cobija en los clásicos sistemas individualistas para imputar responsabilidad civil a sólo algunos de aquellos que participaron en la ejecución del acto médico.

Por último, dentro de esta lista meramente ejemplar, aunque pudiendo citar otros ejemplos, para el profesor Corral Talciani, las profesiones liberales difícilmente se ejercen de manera individual, siendo usual la formación de

¹¹² GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 115p.

¹¹³ GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 113-114pp.

grupos colectivizados de trabajo para la consecución de sus fines. No obstante lo dicho, al analizar cómo se responde si uno de los miembros del grupo causa un daño en su desempeño profesional, distingue entre si el individuo forma parte de una sociedad de servicios profesionales o no, señalando que, en el caso de existir una de estas agrupaciones, son responsables tanto la sociedad de profesionales, en virtud del estatuto contractual, dado que es ésta la que celebró un contrato con el paciente; y el profesional de la salud que ocasionó el daño, aunque extracontractualmente al no ser parte del contrato¹¹⁴. Con todo, la cuestión varía cuando quien ocasiona un daño es un individuo que forma parte de un grupo no constituido como en una sociedad de profesionales, pues afirma que en estos casos “el contrato de prestación de servicios se habrá otorgado entre el cliente y el miembro que causó el daño, de manera que sólo él será responsable de su deficiente desempeño profesional, y no el resto de los profesionales que integran la comunidad”¹¹⁵.

Hay que reconocer un esfuerzo del académico por asignar consecuencias jurídicas a la actuación mediante sociedades de profesionales, fisonomía carente de regulación y de escaso desarrollo doctrinal por los autores nacionales¹¹⁶, pero donde él – con la lucidez que lo caracteriza – hace responsable a la sociedad por los daños que se hubieran ocasionado por uno

¹¹⁴ CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 277p.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Nos hemos referido a este agente medical en las páginas 57 y siguientes de la presente investigación.

de sus miembros; empero, la atribución colectivista no se presenta en aquellos casos de grupos no constituidos como sociedad, lo que vuelve a las fórmulas atomistas de atribución de responsabilidad civil frente a los daños médicos. Para decirlo de otro modo, frente a la ausencia de una sociedad de profesionales, aglutina la responsabilidad bajo un solo centro de imputación, absolviendo a un conjunto de profesionales que han formado parte del acto – colectivo en su origen – por medio del cual se ha causado un menoscabo al paciente.

La opinión de estos autores nos da una idea que permite graficar la paradoja entre la ejecución de la prestación médica y la forma en que se atribuye responsabilidad civil frente a la inejecución de dicha prestación.

Primero se alaba el sistema empresarial de salud y se exalta sin vacilación la colectivización de la prestación médica, para luego al introducirnos al sistema de responsabilidad que debe regir estas relaciones – que dicho sea de paso, son una de las herramientas de la sociedad para alcanzar la justicia –, ponerse las gafas individualistas clásicas y endosar responsabilidad atomizadamente, soslayando la estructura organizativa que se ha ensalzado
¿Por qué amparar esta bipolaridad?

La pregunta es, ¿en qué quedó la pregonada colectivización de la prestación médico asistencial? ¿Por qué se invisibiliza a algunos de los agentes participantes de la prestación médica y se eleva a sólo uno como responsable?

¿Por qué no aunar criterios que reposen sobre criterios lógicos, jurídicos y equitativos que salvaguarden debidamente al paciente?

Alguna doctrina francesa, discutiendo sobre el problema de la actuación mancomunada en sociedad, postuló que debe preconizarse la coexistencia de un sistema de indemnización colectiva con una responsabilidad individual.¹¹⁷

La pregunta que cabe hacer es, ¿cuál el afán de atomizar lo colectivo? La respuesta puede encontrarse en la forma clásica en que se ejerció la profesión médica, y en general, las profesiones liberales de antaño, caracterizadas por la prestación individual, sin otros asociados y autárquicamente, en la que coherentemente primó la imputación particularizada como respuesta al ejercicio de su labor.

En otros términos, hace medio siglo, el ejercicio de la medicina se basaba en formulas individuales, lo que redundó en una responsabilidad civil que se estructuraba bajo los mismos cánones, tradición que aparece arraigada en algunos autores quienes mantienen dichos esquemas en la actual sociedad de riesgos.

Ya lo decía el argentino Carlos Ghersi, refiriéndose en general a la responsabilidad en las profesiones liberales, “situemos por un instante al profesional –impersonalmente– que en el comienzo de siglo ejerció su profesión

¹¹⁷ VINEY, Geneviève. 1965. *Le Declin de La Responsabilité Civile*. Paris, *Libreairie Generale de Droit et Jurisprudence*. 384p.

libremente; individualmente, el abogado desde su estudio, el médico o el odontólogo desde su consultorio; el arquitecto desde su atelier; el ingeniero desde su taller de trabajo, y el veterinario o el ingeniero agrónomo desde el campo [...] constituía [la profesionalidad] una modalidad de aislamiento; al margen de la masificación de otros agentes comunales: el comerciante, el banquero, etcétera. Su dedicación era dirigida hacia el conflicto individual, o el problema de su enfermo, o sus tareas prestigiosas de campo o, simplemente, la importancia de un edificio con aire arquitectónico francés”¹¹⁸.

Así, si la profesionalidad sanatorial se basaba en el aislamiento de su práctica, los criterios atributivos no podían sino ajustarse a esquemas atomistas, obedeciendo a la práctica diaria del esfuerzo individual y solitario del galeno que intervenía.

En abono a lo anterior, no debe obviarse que contribuyó a este enfoque individualista el fundamento o finalidad que tuvo la responsabilidad civil en la época decimonónica, pues ella se erigía como un instrumento sancionador del sujeto culpable del daño antijurídico mediante la imposición de una indemnización de perjuicios que hacía las veces de pena para condenar esa conducta reprobable, lo que implicaba una búsqueda de la persona responsable de manera particular, lo que obviamente no se condecía con criterios colectivizadores que tienen en la mira a la víctima y no al victimario. En otros

¹¹⁸ GHERSI, Carlos. 1995. Responsabilidad profesional. Principios generales. Buenos Aires, Editorial Astrea, t. I. 5p.

términos, la indemnización constituía la imposición de una sanción como exigencia de justicia en retribución del mal causado, expiándolo con el pago de la indemnización, por lo que el centro de interés de la responsabilidad civil estaba puesta en el sujeto activo del delito civil o del incumplimiento contractual, arrogándose al estatuto de responsabilidad civil un carácter moralizador¹¹⁹ que forzaba el análisis concreto de sus presupuestos para configurarla, justificando la persecución individual del responsable incluso penalmente.

Sin embargo, pese a que en la actualidad triunfa la socialización de la actividad médica y a la evolución de la responsabilidad civil en cuanto a centrar su interés en una finalidad reparadora de los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales del damnificado, pareciera que el criterio imputador quedó petrificado en el paradigma individual, para algunos autores, generándose un verdadero contrasentido entre ambas esferas, lo que ha jugado en beneficio de los causadores de daños pues se concentra en un solo sujeto pasivo el total de una deuda que pudo repararse por una pluralidad de sujetos. Esta situación resulta injusta para el ofendido, que queda impedido de hacer civilmente responsables a la totalidad de quienes conforman el grupo, y también para el ofensor que repara el daño causado, ya que queda obligado a soportar la totalidad de la indemnización más allá de su injerencia causal, al ser liberados los demás integrantes del grupo al cual pertenecía.

¹¹⁹ Sobre la relación entre el Derecho y la moral, véase: MOSSET I., Jorge y PIEDECASAS, Miguel. 2005. Derecho y Moral. En: Responsabilidad civil y contratos. Contratos: aspectos generales. Argentina, Rubinzal-Culzoni. 289-339pp.

Esta falta de adecuación de los criterios atributivos a las nuevas tendencias de la organización sanatorial, se ampara, por último, en la dificultad del Derecho de adaptarse a los cambios que experimenta la sociedad tan dinámica y arrolladora como la que actualmente reina. En efecto, el fenómeno colectivista ha sido pasado por alto en la legislación nacional, salvo contados ejemplos como son las acciones para proteger los intereses colectivos o difusos de los consumidores de conformidad a la Ley N° 19.496¹²⁰.

La jurista Graciela Lovece, explica el desacomodamiento normativo a los fenómenos sociales recientes, afirmando que “en otras épocas los procesos históricos se desarrollaban durante lapsos más prolongados que en la actualidad; estos cambios que se producían en forma paulatina – excepción hecha de los movimientos revolucionarios – permitían una mayor adecuación de las normas jurídicas, que, en la actualidad, se ven forzadas a correr

¹²⁰ Este tipo de acciones fueron introducidas recién por la Ley N° 19.955 del 14 de julio del año 2004. Sin embargo, cabe apuntar que por la presión de algunos grupos económicos vinculados al área de la salud, las materias asociadas a las prestaciones de salud y su calidad, fueron excluidas del ámbito de aplicación de la Ley sobre protección de los derechos de los consumidores, disponiendo el artículo 2° letra f) de la Ley 19.496 que: “Quedan sujetos a las disposiciones de: f) los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales”.

desesperadamente de los acontecimientos, tratando – a veces muy tardíamente – de enmendar el daño ocasionado por su retraso”¹²¹.

La globalización de la práctica médica, ha superado, sin duda alguna, a las normas jurídicas vigentes que no logran reflejar los cambios económico-sociales que han transformado los ejercicios profesionales tal y como los conocemos hoy en día. Así es como Mario Garrido ha dicho que “en tanto la sociedad se desarrolla a la velocidad del automóvil, el legislador se desplaza al ritmo del caminante, la generalidad de los instrumentos legales están sobrepasados por la contingencia”¹²².

Sin embargo, pareciera que la evolución experimentada por la forma en que se presta la actividad sanatorial, no sólo ha dejado desactualizada a las reglas jurídicas sobre la materia, sino que a la opinión de algunos tratadistas, que, aunque más perceptivos a los cambios sociales, no han sabido adaptarse al cambio en la realidad respecto a la forma en que se prestan los servicios galénicos y a los actores que conforman el nuevo escenario sanatorial, manteniendo esquemas de responsabilidad civil que no obedecen a la forma en que se ejecutan los actos médicos.

¹²¹ LOVECE, Graciela. 2000. El consumidor y el siglo XXI. En: Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación. 2ª ed. Argentina, Hammurabi, coordinador Carlos A. Ghersi. 24-25pp.

¹²² GARRIDO M., Mario. 2000. Responsabilidad médica. Santiago, Primeras Jornadas de Derecho Médico, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (2): 48p.

En definitiva, los esquemas en que hoy en día se construyen los juicios de responsabilidad civil responden a las tradicionales fórmulas individualistas de atribución, que han traicionado la estructura colectiva y mancomunada propia de su ejercicio, ocasionando irremediablemente paradojas e incoherencias que responden precisamente a la contradicción entre el ejercicio de la actividad sanatorial y las consecuencias asociadas al incumplimiento de las prestaciones prometidas.

3. Los cocatalizadores de la paradoja: la contractualización de la responsabilidad civil y el fraccionamiento del haz obligacional.

Esta petrificación del criterio individualista explicada precedentemente, se desarrolló paralelamente a otros fenómenos que en conjunto han colaborado a atomizar la responsabilidad civil médica.

El primero consiste en aquel contractualizador de la responsabilidad civil – tanto en materia médica como en otros campos del Derecho Civil –, tendencia que otros autores, como Alberto Bueres¹²³ o Josserand¹²⁴ han denominado

¹²³ BUERES, Alberto. 1992. Responsabilidad civil de los médicos. 2° ed. Buenos Aires, Hammurabi, t. I. 399p.

¹²⁴ JOSSERAND, Louis. 1939. Derecho civil. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, t. II, vol I. 372p.

como “inflación obligacional”, Adolfo Di Majo¹²⁵ como “*contracttualizzazione della responsabilità aquiliana*” y Francisco Jordano Fraga¹²⁶ como el “ensanchamiento del orden contractual”.

En general, este fenómeno apunta a enmarcar la relación jurídica obligacional dentro del estatuto contractual, a pesar de tratarse de daños de naturaleza híbrida, de intereses que escapan de la prestación principal de un contrato o de situaciones en que aparece dudosa la existencia de voluntad de las partes en el perfeccionamiento de un acto jurídico. En definitiva, casos que pueden encuadrarse dentro de la esfera aquiliana, pero que se fugan de esa sede para canalizarse mediante principios contractuales, pese a no ser dicho estatuto el naturalmente aplicable.

En palabras de Juan Manuel Prevot, este fenómeno consiste en “la tendencia por la cual junto al incumplimiento en sentido estricto, entiéndase de lo literalmente convenido, afloran supuestos de transgresión a deberes accesorios de conducta o complementarios del deber de prestación central que, enraizados a la creciente operatividad del principio de buena fe, han ensanchado la amplitud estructural del vínculo obligacional tal cual era concebido antaño”¹²⁷.

¹²⁵ DI MAJO, Adolfo. 1997. *La responsabilità contrattuale*. Torino, Giappichelli Editore. 22p.

¹²⁶ JORDANO F., Francisco. 1987. *La responsabilidad contractual*. Madrid, Civitas. 31p.

¹²⁷ PREVOT, Juan. 2008. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 271p.

Se ha añadido que “la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, y se convierte, tendencialmente, en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio, aunque el interés afectado sea un interés distinto de la prestación, llamado para distinguirse de éste, interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulta daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte”¹²⁸.

Lo que se encuentra detrás de esta tendencia, es el deseo de privatizar ámbitos que antes se encontraban fuera del comercio, instrumentalizando al contrato para hacer del bien jurídico protegido, uno que se encuentre en circulación en el mercado, restando de la esfera aquiliana estancos que les eran propios para incluirlos en una sede que los haga más manejables.

El contrato tiene un poder superlativo y es común su utilización para hacer comerciables bienes jurídicos que se encontraren fuera del mercado. Como bien explica el autor italiano Galgano, “el principal instrumento de la invocación jurídica es el contrato [...] el contrato toma el lugar de la ley también para organizar la sociedad civil [...] se impulsa hasta sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses generales, propios de toda la comunidad [...] la ineptitud de la ley en cuanto a la innovación jurídica, se deriva

¹²⁸ JORDANO F., Francisco. Ob. cit. (1987), 31p.

de dos caracteres de la economía contemporánea, la que, ante todo, es una economía metanacional, en antítesis con el carácter nacional de los sistemas legislativos, y en segundo lugar, es una economía en continua transformación, que reclama flexibles instrumentos de adecuación del Derecho a los cambios de la realidad, en antítesis con la rigidez de las leyes”¹²⁹.

Este fenómeno ha enmarcado la evolución de la responsabilidad médica en los últimos decenios, pasando desde demandas y sentencias en que sólo se invocaba el estatuto aquiliano, al actual en que no cabe duda que, por regla general, el contrato es la fuente del cual emana la responsabilidad, sin perjuicio de existir algunas excepciones a esta regla a causa de sus especiales características¹³⁰.

Esta expansión del ámbito contractual ha redundado en la particularización o atomización de los juicios de reproche sanitarios, pues, a diferencia de lo que ocurre en el estatuto aquiliano, sólo puede imputarse responsabilidad civil a aquellos que ostentan la calidad de parte del contrato,

¹²⁹ GALGANO, Francesco y MARELLA, Fabrizio. 2001. Interpretación del contrato y *lex mercatoria*. Revista de Derecho Comparado (3): 17-18pp.

¹³⁰ Así, por ejemplo, dentro de las hipótesis en que tiene lugar la responsabilidad aquiliana, pueden mencionarse: a) las víctimas por repercusión; b) cuando el incumplimiento del contrato médico trae aparejado un delito o cuasidelito penal; c) cuando la relación es impuesta en contra la voluntad del paciente; d) cuando la relación es impuesta sin la voluntad del paciente; e) responsabilidad que se genera luego de la declaración de nulidad del contrato médico que cobijaba la prestación de un servicio para el paciente; f) las atenciones de urgencia en establecimientos de salud; g) cuando el galeno presta servicios espontáneamente; y h) en los casos en que un médico se niega a prestar una atención médica. GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 147-148pp.

excluyendo a todo aquel que sea tercero a dicha relación jurídica. Como consecuencia, la imputación que en sede aquiliana se extendía a todos aquellos que hubieran tenido injerencia causal en el daño, en la égida contractual, se restringe sólo a aquellos que estando amparados por el acuerdo de voluntades, hayan incumplido su prestación.

Pero, ¿qué ocurre cuando la parte deudora de un contrato, está compuesta por una pluralidad de sujetos que unidos prestan un servicio complejo en conjunto? Para dar respuesta a esta interrogante existen dos caminos: el primero, es entender que todos conforman la parte deudora de un contrato único, posibilitando el ejercicio de la acción de perjuicios contra todos ellos como corresponsables del menoscabo y; el segundo, es concebir que existen contratos distintos e independientes con cada uno de los sujetos que componen la parte deudora y, por tanto, sujetos a regímenes de responsabilidad autónomos.

Esta última postura, corresponde al segundo fenómeno que auxilia a la imputación atomizada en los juicios de responsabilidad y que se ha impuesto, por parte de la doctrina, en el Derecho de Daños sanatoriales. Esta concepción fracciona las obligaciones de todos los deudores a una parte determinada de la prestación compleja¹³¹, originando el nacimiento de tantos contratos

¹³¹ Cuando hago referencia a una prestación compleja, me refiero a aquella que no se extingue con la ejecución de un acto específico, sino que normalmente está compuesta por una serie de actos concatenados que, en conjunto, desembocan en la satisfacción

independientes como sujetos de Derecho estén involucrados¹³², minimizando el haz prestacional de cada uno de estos deudores a exiguas porciones del propósito práctico del contrato médico y, en consecuencia, frente al incumplimiento, impiden la atribución de responsabilidad por la inejecución de deberes ajenos a los que correspondían a su órbita obligacional.

Explicándolo de otro modo, frente a una relación jurídica compleja en que participan varios deudores, como ocurre usualmente en la prestación médica que tiene como intervinientes a la entidad de salud, sociedades de profesionales y médicos calificados de independientes, entre otros; este modelo desintegra la relación jurídica entre el acreedor y deudores, subdividiéndola en un vínculo contractual distinto con cada uno de ellos, los que asumen derechos y obligaciones particulares según la etapa y función que desempeñen en la satisfacción del interés del contrato, diluyendo el criterio atributivo de responsabilidad civil en tantas partes como relaciones jurídicas se originen para la ejecución de la convención.

Así, mientras la verdadera intención del paciente consistió en ligarse con un deudor único y complejo, compuesto por múltiples agentes sanitarios que satisficieran su necesidad médica; esta tesis postula que frente a la pluralidad

de un fin. El mejor ejemplo es el acto médico, ya que está compuesto por un conjunto indeterminado de conductas que posibilitan la mejoría de la salud del paciente.

¹³² El profesor Hugo Cárdenas Villarreal, criticando esta concepción, señala que si se entiende que se generan dos contratos, debe concluirse irremediamente que se generan tantos contratos como agentes sanatoriales participen en la ejecución del servicio. CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 673-674pp.

de deudores debe segmentarse el deber de conducta de cada uno de éstos para limitar su contenido prestacional. Como consecuencia de lo anterior, frente al incumplimiento de uno de estos deudores, no se entiende incumplido el contrato en su integridad, sino sólo aquel vínculo particular con este deudor, lo que distorsiona el genuino sentido que atribuye el acreedor diligente al contrato celebrado y desmejora al paciente que no tiene capacidad de saber de dónde provino el daño.

Lo anterior, ha significado que, frente a demandas por menoscabos a intereses patrimoniales o extrapatrimoniales del paciente, cada uno de los deudores amolde las obligaciones de su contrato con el objeto de poder esgrimir como argumento exonerador de responsabilidad, que el daño ha sido causado por el incumplimiento de obligaciones que son ajenas a su contrato, pues su prestación perseguía la satisfacción de otros intereses que entiende satisfechos.

Un claro ejemplo de esta tendencia, es lo que alguna doctrina y jurisprudencia ha denominado el “desdoblamiento del contrato médico”, en virtud del cual el paciente que se interna en una institución de salud, conducido por su médico tratante, celebraría dos contratos distintos e independientes: un primer contrato, con la clínica u hospital en que se internó, y un segundo contrato, con el galeno que prestaría el servicio médico específico.

Entre los autores que sostienen este fraccionamiento del haz obligacional en materia médica se encuentra Álvaro Vidal, quien afirma que un primer supuesto¹³³ es el que denomina de desdoblamiento de la prestación del servicio médico, en el cual “el profesional médico contrata directamente con su paciente servicios consistentes en una intervención quirúrgica, cuya ejecución supone la celebración de un contrato con un hospital o clínica. Aquí, el paciente celebra dos contratos: el primero con el médico, cuyo objeto es la prestación de servicios médicos; y el segundo, denominado en doctrina ‘*contrato desdoblado de asistencia en hospital*’, que combina las prestaciones del contrato de hospitalización con obligaciones puramente médicas y con una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado [...] el objeto del primer contrato es una intervención quirúrgica, que el deudor ejecutará con su equipo, actuando éstos como sus auxiliares y lo hace utilizando la infraestructura, instalaciones, equipos y personal de un hospital [en virtud del contrato de hospitalización celebrado con éste].”¹³⁴.

Tal postura desdobladora del vínculo jurídico conduce a atomizar y fraccionar los criterios imputativos, sometiendo a sus participantes a la esfera contractual, pero una que se construye en base a dos acuerdos de voluntad

¹³³ El segundo supuesto es el que denomina de cobertura médica integral del hospital o clínica, en que el paciente se entiende directamente con la institución de salud que asume la prestación de servicios médicos, la asistencia sanitaria y la hospitalización, siendo el único obligado con el paciente el establecimiento asistencial. VIDAL O., Álvaro. 2002. La responsabilidad civil del profesional médico. Revista de Derecho, del Consejo de Defensa del Estado (8): 179p.

¹³⁴ VIDAL O., Álvaro. Ob. cit. (2002), 176-177pp. En el mismo sentido, ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 588p. y GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 115p.

distintos y autónomos, lo que obviamente restringe la responsabilidad que le cabe a cada deudor.

Esta postura, sin embargo, olvida el elemento que constituye la piedra angular al estudiar la responsabilidad sanatorial, esto es, la forma empresarialmente organizada en que se prestan los servicios médicos, la realidad negocial e impersonal propia de los vínculos que se crean en esos ámbitos, el propósito práctico del contrato médico y el declive de la responsabilidad civil individual en sus términos clásicos.

El postulado que desdobra el contrato, fuera de simplificar los juicios de responsabilidad y auxiliar a los intereses de los pacientes, complejizan la materia, pues crean artificialmente un conjunto de relaciones contractuales con individuos que el paciente puede ni siquiera conocer, ya que, si damos por cierto que existen vínculos jurídicos distintos con la clínica y con el médico, nada impide que también nazcan contratos diferentes con cada uno de los que participaron en la prestación médica, lo que conduce a disquisiciones que en vez de socorrer a clarificar un área invadida por conceptos técnicos propios de otras ciencias, las oscurecen y dificultan, especialmente para quien ostenta el carácter de víctima frente a los eventuales incumplimientos, esto es, el paciente¹³⁵.

¹³⁵ En este sentido, CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 674p.

Puede concluirse que no es la contractualización de la responsabilidad civil *per se* la que fomenta el atomismo en la imputación, sino que deberá estar acompañada de aquella concepción que descompone el contrato en acuerdos distintos que vinculan al prestatario con cada uno de los prestadores, asignándoseles efectos jurídicos disímiles, pese a que todos deudores persiguen la finalidad común de recuperar la salud del paciente.

En definitiva, la contractualización de la responsabilidad civil y la concepción que fracciona el campo obligacional, se han convertido en catalizadores de la dicotomía entre la ejecución mancomunada y el reproche individual, al fomentar la desintegración de las relaciones médicas y minimizar el haz obligacional de los deudores, lo que choca con las renovadoras tendencias que postulan la prestación galénica de manera asociada, coordinada y pluriparticipativa.

4. La consecuencia de la nueva tesis sostenida por las clínicas: su irresponsabilidad civil a consecuencia de los daños ocasionados por los médicos llamados “independientes”.

En el contexto sanatorial expuesto, rodeado de estructuras mancomunadas de actuación, aunque regidos por criterios imputadores individualistas, ha terminado por consolidarse – al menos doctrinariamente –

una defensa de los centros clínicos y hospitalarios que se torna cada vez más recurrente contra demandas de responsabilidad civil por daños causados por actuaciones negligentes y/o imprudentes de aquellos galenos catalogados de “independientes” e incluso respecto de aquellos profesionales a honorarios¹³⁶.

Esta excepción consiste en sostener la total irresponsabilidad frente a estos daños, pues quienes estarían obligados y se encargarían de ejecutar los actos médicos y, por lo tanto, los responsables frente a cualquier negligencia proveniente de su ejecución imperfecta, serían únicamente los galenos que intervinieron al enfermo, aduciendo no empecerle la producción de tales perjuicios, ya que la participación y marco obligacional de la clínica, se reduciría sólo a proporcionar una adecuada infraestructura, espacio clínico e implementos necesarios para llevar a cabo la operación respectiva, esto es, aspectos que serían ajenos a la ejecución de actos propiamente médicos.

Sostienen, de este modo, la ausencia de vínculo contractual con el paciente, en lo que se refiere a estas prestaciones propiamente médicas, limitando su campo obligacional a la mera prestación de servicios que se han denominado como actos paramédicos y extramédicos relativos al acceso de alojamiento, habitación, alimentación, material clínico y de personal calificado

¹³⁶ No se genera mayor discusión respecto de los médicos dependientes o empleados de los establecimientos de salud, según hemos dicho, pues en esos casos se aplicarán los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, si se invoca el estatuto aquiliano, y el artículo 1679 del mismo cuerpo legal, de fundarse la demanda en la égida contractual.

para desarrollar tales funciones, las que serían complementarias al acto médico, pero no la prestación clínica en sí.

En definitiva, los centros clínicos reniegan de su posición de entes sanatoriales y se levantan como verdaderas instituciones hoteleras con características especiales derivadas de la posición de resguardo que se encuentran frente al huésped, endosando a los galenos autónomos a la clínica, toda la responsabilidad civil por los menoscabos ocasionados al prestatario en la ejecución de actos médicos.

Como es posible advertir, su posición descansa en una visión atomizada del sistema de responsabilidad civil, en que disocian el campo obligacional del centro médico de la órbita propia del profesional que interviene. Sin embargo, tal fragmentación de la prestación sólo aparece frente al incumplimiento, puesto que durante la ejecución del acto médico priman las modernas prácticas de la medicina que, según lo explicado, se estructuran en una prestación mancomunada y asociativa de los servicios entre todos los prestadores que conforman la red del servicio medical.

Es así como la institución hospitalaria, para cimentar su defensa, rehúye – en la fase de incumplimiento – de la forma pluriparticipativa y compleja en que se prestó el servicio médico, construyendo una idea de prestación aislada y solitaria de los agentes medicales, como si sus obligaciones fueren

radicalmente distintas a las del facultativo que interviene y como si jamás se hubiere comprometido a prestar un servicio propiamente médico al paciente.

Estas disquisiciones artificiales que colocan al centro de salud como una institución encargada del hospedaje e infraestructura, contravienen frontalmente la naturaleza y características que definen a un centro hospitalario como una entidad que persigue otorgar prestaciones de salud y dejan en una posición desmejorada al paciente, a quien se le priva artificialmente de un deudor institucional que repare íntegramente los perjuicios que se le hubieren ocasionado.

Si bien podrá aceptarse que entre galenos y nosocomios existan acuerdos por los cuales se limiten las obligaciones que asume cada cual en el acto médico que se ejecute; aquellos constituyen la estructura u organización interna para el cumplimiento del deber contractual, pero en caso alguno pueden repercutir en el derecho del paciente a obtener una reparación integral del daño sufrido. A lo más estos acuerdos galeno-nosocomio podrán erigirse como reglamentaciones internas que configuren los efectos jurídicos de su actuación mancomunada, pero la relación externa (con el paciente), no resulta alcanzada por tal contenido, menos aún si se trata de reparar un daño injustamente provocado al paciente.

Esta defensa judicial que sostiene la irresponsabilidad civil de los establecimientos sanatoriales es de reciente data, lo que nos fuerza a examinar cómo se estructuraban en el pasado y cómo se gestó la metamorfosis de sus argumentos hasta convertirse en lo que hoy constituye un paso hacia el vacío una recurrente defensa de parte de los centros clínicos¹³⁷.

5. La defensa de las clínicas: desde la ausencia de dependencia hacia la negación de su carácter de prestador médico.

De conformidad a lo expuesto en el apartado precedente, es conveniente tratar las fases que han atravesado las defensas de los establecimientos sanatoriales frente a las demandas de responsabilidad civil incoadas por pacientes que han sufrido daños por actos médicos defectuosos de galenos catalogados como independientes, para apreciar cómo ellas han evolucionado hasta el actual estado de la cuestión.

¹³⁷ Sigue la misma línea de análisis, CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 667-673pp.

a. Primera etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede aquiliana: la defensa de las clínicas basadas en la ausencia de dependencia.

El fenómeno de la contractualización de la responsabilidad es bastante novel dentro de la jurisprudencia nacional, por lo que, por regla general, el régimen común en que se desenvolvían los juicios de responsabilidad civil de antaño descansaban en la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual¹³⁸.

Mientras estos juicios se ventilaron en la sede aquiliana, la discusión sobre la responsabilidad civil que le cabía a las clínicas por los daños causados a los pacientes en ejercicio de la prestación médica, tenían su fuente en el esquema de la responsabilidad por el hecho ajeno extracontractual, al que se refieren los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, en virtud del cual los establecimientos sanatoriales se presumían responsables por los actos negligentes de los médicos que intervenían en sus dependencias.

En ese contexto, la defensa de los establecimientos radicó en alegar la exoneración de responsabilidad al no configurarse los presupuestos necesarios para configurar un ilícito civil del médico; intentando desvirtuar la presunción simplemente legal que pesaba sobre éstas, acreditando que, con la debida

¹³⁸ No debe extrañar, sin embargo, que en algunos casos recientes, acciones de responsabilidad civil se estructuren bajo la egida extracontractual y sean, finalmente, resueltos por los tribunales adoptando tales criterios. Véase, a modo de ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, 17 de julio de 2014, rol N° 10.438- 2013, caratulada “Unda Muñoz con Clínica del Maule S.A.”.

autoridad y cuidado, le fue imposible prever los daños que ocasionó el médico y, principalmente, sosteniendo la inexistencia de vínculo de subordinación y dependencia entre el galeno y la institución sanatorial demandada¹³⁹.

En efecto, esta última excepción es la primordialmente opuesta, cuando los médicos que han intervenido son aquellos catalogados de independientes, sosteniendo que, para configurar la subordinación y dependencia exigida en sede extracontractual, se requiere una correlación de autoridad por parte de la clínica y de obediencia de parte del galeno, pues sólo en tal caso se justificaría atribuir al ente sanatorial responsabilidad civil por la falta de vigilancia de su conducta o una negligencia en la elección. Conclúan que tal relación de subordinación y dependencia no concurría respecto de médicos independientes

¹³⁹ Si bien se utiliza una forma verbal pretérita, atendido a que se ha asentado en la doctrina y jurisprudencia la idea que el estatuto natural en que se desenvuelve la responsabilidad civil galénica es la contractual, no vaya a pensarse que estas defensas han pasado al olvido, pues ellas siguen siendo utilizadas en los juicios de responsabilidad civil, dada la tendencia de los abogados de las víctimas a estructurar sus demandas con pretensiones indemnizatorias diversas e incompatibles entre sí: en lo principal, invocando la sede contractual y, en el otrosí, bajo el estatuto aquiliano; deduciéndolas de manera subsidiaria la una de la otra, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil. La intención de los letrados es que para el evento en que el tribunal que conozca del asunto decida que la situación de facto no queda enmarcada en sede contractual, en virtud de su petición subsidiaria sea igualmente resuelta aplicando las disposiciones del estatuto delictual. Si bien el fenómeno es comprensible, dada la alta volatilidad de las decisiones judiciales sobre la materia, su adscripción obscurece la discusión y confunde al mismo tribunal que conoce de la controversia jurídica, atendido a que se ve forzado a discurrir sobre presupuestos propios de la demanda subsidiaria en sede aquiliana, se ve obligado a fijar hechos a probar referentes a la pretensión subsidiaria y lidiar con una producción de prueba destinada a acreditar esos requisitos, lo que evidentemente desenfoca la discusión y empaña el análisis de los presupuestos realmente aplicables a la cuestión jurídica en disputa.

al sanatorio, dada su autonomía, lo que impedía hacerlos civilmente responsables por sus actos dañosos.

En otros términos, afirmaban que, si los pacientes han contratado los servicios de un médico que no forma parte del personal o dependientes propios de la clínica, malamente puede el centro médico hacerse civilmente responsable de los actos ejecutados por estos galenos, pues respecto a ellos carecen de potestades de vigilancia, control y elección.

A modo de ejemplo, podemos citar el caso fallado por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴⁰, ratificado por la Corte Suprema al rechazar el recurso de casación en el fondo interpuesto¹⁴¹, caratulado “Pastror Espejo con Goñi Espíldora y Hospital Clínico UC”, por el cual un paciente acude a la consulta particular del doctor Goñi, el cual diagnostica un tumor en su rostro, conviniendo con el facultativo su extracción mediante una intervención quirúrgica que se llevó a cabo en el Hospital Clínico de la Pontificia Universidad Católica. Por una negligencia médica, fue cortado un nervio facial que se tradujo en una parálisis permanente en la cara del paciente. Frente a tal situación, se demandó en sede extracontractual y solidariamente al doctor Goñi y a la clínica en que se practicó la intervención.

¹⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de agosto de 2009, rol N° 10.569-2005, caratulado “Pastror Espejo con Goñi Espíldora y Hospital Clínico UC”.

¹⁴¹ Corte Suprema, 26 de enero de 2012, rol N° 8.352-2009, caratulado “Pastror Espejo con Goñi Espíldora y Hospital Clínico UC”.

La defensa del Hospital Clínico se sustentó precisamente en la ausencia de dependencia entre ésta y el facultativo, lo que impedía configurar una responsabilidad civil por el hecho ajeno.

El tribunal, pese a reconocer que el doctor Goñi operó en dicho centro por más de 25 años, acogió la tesis de la falta de dependencia, expresando “[...] que no puede considerarse civilmente responsable a la Universidad demandada, respecto de acciones que ejecuten médicos contratados directa y personalmente por el paciente, sin intervención alguna del Hospital que de ella depende”. En otros términos, sostiene que como el médico contratado es independiente de la clínica, no puede ésta responder por sus actos negligentes.

Pese a que en el caso citado la excepción prosperó, lo cierto es que, con el paso de los años, se impuso la tendencia por la cual la exigencia del vínculo de dependencia en la égida aquiliana dejó de ser una estricta subordinación jerárquica bajo los esquemas de un contrato laboral, en virtud del cual el empresario podía elegir, supervigilar y dictar instrucciones sobre la forma en que el dependiente realiza su trabajo, extendiendo su noción e incluyendo en él a todo estado de hecho que denote la ejecución de órdenes para un tercero, se enmarque o no bajo estructuras jurídicas, la que puede ser resumida en la

famosa frase de Demogue, la calidad de dependiente es más bien un estado de hecho que una relación jurídica¹⁴².

El profesor Pedro Zelaya Etchegaray, al catalogar esta tendencia a ampliar la noción de vínculo de dependencia como uno de los factores que han servido para la objetivización de la responsabilidad sanatorial, ha dicho que “es un hecho evidente que – al menos en el derecho extranjero – se ha ido extendiendo paulatinamente el vínculo de subordinación y dependencia civil propio de la responsabilidad por el hecho ajeno, de forma que los Centros Asistenciales han comenzado a ser civilmente responsables por la culpa o negligencia de profesionales y agentes sanitarios que, en estricto sentido, no son empleados o dependientes laborales de la Clínica”¹⁴³.

En la misma línea, se ha dicho que la voz “dependiente” debe ser tomada desde un sentido amplio y no restringido, bastando para considerarlo como tal el ser un asociado al cumplimiento de la obligación con la venia del deudor¹⁴⁴. En el mismo sentido se pronuncia la gran mayoría de la doctrina comparada¹⁴⁵.

¹⁴² Un artículo que trata en detalle la evolución que ha sufrido el vínculo de dependencia a consecuencia de las tendencias objetivización de la responsabilidad civil extracontractual, en particular cuando son contratistas o subcontratistas los que ocasionan los perjuicios, véase: ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (2002): 98-108pp.

¹⁴³ ZELAYA E., Pedro. 2003. La responsabilidad civil de hospitales y clínicas privadas: hacia una paulatina responsabilidad estricta por riesgo de empresa. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de Los Andes (7): 198p.

¹⁴⁴ MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 115p.

¹⁴⁵ BUSTAMANTE A., Jorge. 1972. Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 344p.; BUERES, Alberto. 1981. Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales. Buenos Aires, Abaco. 46p.; ALTERINI, Atilio;

Por su parte la jurisprudencia nacional tampoco duda de la laxación de este presupuesto. En efecto, ha resuelto la Corte Suprema que “para probar la calidad de dependiente, no es necesario un contrato escrito o una planilla de remuneraciones o imposiciones, ni tampoco es obstáculo la circunstancia que las labores cumplidas por el acusado se realizaran únicamente los fines de semana, por cuanto el elemento esencial del vínculo o dependencia laboral es que el dependiente desempeñe un servicio y que el empresario le cancele por el mismo”¹⁴⁶.

Esto ha desembocado en que la jurisprudencia nacional para determinar si un profesional tiene vínculos de subordinación con el sanatorio, recurra a criterios más o menos flexibles que dependen de las situaciones fácticas que ofrezca el caso concreto, tales como: el grado de dirección o control sobre el galeno; la propiedad y gratuidad en el uso de aparatos y materiales del centro clínico; la antigüedad, habitualidad y exclusividad de la relación con la institución de salud; la apariencia, distintivos externos o la imagen corporativa del profesional que interviene en estos centros asistenciales¹⁴⁷.

AMEAL, Oscar y LÓPEZ C., Roberto. 1977. Curso de obligaciones. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 4. 471p.

¹⁴⁶ Corte Suprema, 07 de agosto de 2008, rol N° 1.405-2008, caratulado “C/ Carlos Carmona Catrilef. Qte. José Moraga Espinoza”.

¹⁴⁷ En Estados Unidos la norma del *Restatement of Agency* § 220 del año 1957, utilizada para ampliar la aplicación de la doctrina del “*Respondear Superior*”, equivalente norteamericano a la responsabilidad por el hecho ajeno, enumera una lista de factores a considerar para determinar si existe una relación laboral, estableciendo entre éstas: a) el grado de control que el empleador puede ejercer sobre los detalles del trabajo del trabajador; b) si el empleado ejerce actividades en un negocio distinto;

Estos parámetros o estándares para apreciar la existencia del vínculo de dependencia, han determinado que individuos que no gozan de una relación de subordinación y dependencia en términos estrictos, queden incluidos dentro del concepto, acarreando la responsabilidad civil del centro asistencial respecto de, por ejemplo, personas que trabajan media jornada, quienes trabajan sin sujeción a jornada alguna, profesionales contratados a honorarios o aquellos que sin contrato alguno se comprometen a acudir periódicamente al establecimiento de salud para brindar sus servicios¹⁴⁸.

Frente a este recurrente rechazo de la excepción de ausencia de vínculo de dependencia entre el nosocomio y el profesional médico, al ampliarse esta noción, sumado a la recepción jurisprudencial de los fenómenos de la contractualización de la responsabilidad sanitaria y el fraccionamiento del haz obligacional, es que los esfuerzos de los establecimientos clínicos, se han trasladado, desde un intento de desvirtuar los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad civil extracontractual del empresario (institución de salud) por los actos de sus dependientes (profesional médico), a un campo que busca determinar los alcances de la responsabilidad contractual y a desintegrar

c) si el tipo de trabajo se hace usualmente bajo la dirección de un empleador o sin supervisión alguna; d) la habilidad y destreza para la realización de la actividad; e) quien provee los instrumentos, herramientas y el lugar de trabajo para la realización de la actividad; f) la duración por la que ha prestado servicios en beneficio de otro; g) el mecanismo de pago asociada a la actividad, ya sea con horario o por trabajo determinado; h) si la actividad desempeñada por el trabajador es parte del giro del empleador; i) la creencia que entre el trabajador y el empleado existe una relación de jefe y subordinado; y j) si el que encarga el trabajo desarrolla el negocio encomendado.

¹⁴⁸ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (2003), 198-201pp.

el contenido obligacional del contrato que los vinculó con el paciente, lo que responde a criterios distintos y está sujeta a otras polémicas.

Se explica lo anterior, en que en sede contractual, la noción de vínculo de dependencia pierde relevancia, pues mientras en materia aquiliana aquel criterio es una pieza central que justifica la imputación al civilmente responsable, por tener deberes de cuidado respecto del subordinado, en materia contractual aquél es superfluo e innecesario.

Así lo recalca Carlos Pizarro Wilson, al comentar que “no es necesario establecer un vínculo de subordinación como ocurre en la responsabilidad delictual y cuasidelictual por el hecho ajeno, basta que el auxiliar haya sido designado por el deudor principal”¹⁴⁹.

En materia contractual, la responsabilidad por el hecho ajeno es resuelta – no sin discusiones – por el artículo 1679 del Código Civil, que dispone que “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. Refiriéndose al alcance de este artículo, Pablo Rodríguez ha dicho que “ello implica que la responsabilidad del deudor absorbe, sin excepción, el hecho o culpa de la persona de quien se es responsable. Cuando una cosa ‘comprende’ a otra, ello significa que ambas se confunden y se miden de la misma manera, como si se tratara de una sola cosa. Por ende, el hecho o culpa del tercero debe considerarse como el hecho o culpa del

¹⁴⁹ PIZARRO W., Carlos. Ob. cit. (2003), 187p.

deudor. Lo obrado por el tercero es equivalente en todo a lo obrado por el mismo deudor”¹⁵⁰.

Como puede advertirse, esta absorción no requiere que previamente se compruebe algún vínculo de subordinación del tercero respecto del civilmente responsable, bastando cualquier acción culpable del tercero para hacer responsable al deudor principal.

Sin embargo, la ausencia de este requisito no se explica únicamente en el tenor del artículo 1679 citado, sino que también en la mayor severidad del régimen de responsabilidad contractual impuesta por el legislador, por la circunstancia de que la obligación incumplida ha sido creada y asumida voluntariamente por el deudor¹⁵¹, razón por la que al acreedor le es inoponible cualquier contrato que su deudor celebre con un tercero para cumplir con su obligación y satisfacer el interés del acreedor. Exigir un vínculo de dependencia en materia contractual, implicaría autorizar una excusa general del deudor cada vez que el incumplimiento se deba a la negligencia de un tercero no dependiente, en quien se delega la ejecución del contrato, lo cual iría en franco desmedro del interés del acreedor.

En suma, al no ser un presupuesto de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno el vínculo de subordinación y dependencia, las defensas de las clínicas ya no podían fundarse en descartar tal elemento para sostener su

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ G., Pablo. Ob. cit. (2005), 191-192pp.

¹⁵¹ *Ibíd.*

irresponsabilidad civil, poniendo su vista en la naturaleza y alcance de las obligaciones de los prestadores para alcanzar tal objetivo.

b. Segunda etapa. Las pretensiones indemnizatorias en sede contractual: la metamorfosis de la defensa de las clínicas.

Frente al criterio consolidado por la doctrina y jurisprudencia nacional que amplió la noción del vínculo de dependencia, sumado al hecho que ha variado la sede en que se desarrollan las controversias a causa del fenómeno de la contractualización de la responsabilidad civil, la defensa de los establecimientos sanatoriales clínicas sufrió una metamorfosis desde alegar la ausencia de dependencia respecto del galeno causador del daño, a sostener – lisa y llanamente – su irresponsabilidad por los daños ocasionados por médicos independientes en el ejercicio de un acto médico-quirúrgico, por no estar comprendido dentro de su ámbito prestacional, negando, de ese modo, su carácter de prestador médico.

Afirman que, en estos casos, su obligación se restringiría a prestar servicios de mera hotelería e infraestructura médica necesaria para la intervención quirúrgica, mientras que el acto médico propiamente tal, sería de

responsabilidad exclusiva de los galenos contratados directamente por los pacientes¹⁵².

De este modo, los sanatorios aducen la inexistencia de vínculo contractual con el paciente que ampare el hecho generador del daño, pues sostienen que el contrato que el nosocomio celebró con el paciente es uno de hospitalización, cuyas obligaciones excluyen todas aquellas estrictamente médicas, lo que daría lugar a una falta de legitimación pasiva de la clínica respecto a dicha pretensión.

Esta posición ha tenido recogimiento jurisprudencial, lo que nos fuerza a realizar un análisis crítico de sus fundamentos para una comprensión cabal del fenómeno en cuestión. En efecto, en la causa caratulada “Sciaccaluga Rocuant con Escudero Schiappacasse y otros”, dictada por Segundo Juzgado Civil de Viña del Mar, validada luego por los Tribunales Superiores de Justicia, al ser confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso¹⁵³ y la Corte Suprema¹⁵⁴, el paciente demandó conjuntamente en sede contractual a los tres médicos, a la sociedad de profesionales y a la clínica en que se realizó la intervención.

El Juzgado Civil reconoció la existencia de un contrato entre la clínica y el paciente, sin embargo, al referirse al contenido de las obligaciones que

¹⁵² Bajo la fórmula “galenos contratados directamente por los pacientes”, se designa a los médicos independientes al establecimiento sanatorial que prestan servicios en sus dependencias.

¹⁵³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 02 de agosto de 2004, rol N° 3.291-2003, caratulado “Sciaccaluga Rocuant con Escudero Schiappacasse”.

¹⁵⁴ Corte Suprema, 18 de diciembre de 2006, rol N° 5.090-2004.

nacieron para la institución de salud, afirmó que “la clínica se responsabiliza del adecuado acondicionamiento para el ejercicio de las acciones de salud que en su interior realicen los profesionales velando que éstos cuenten con el título que le autorice su ejecución, mientras que la paciente deberá pagar el precio por estos servicios sanitarios”.

Puede advertirse cómo el fallo minimizó el contenido de la prestación a un mero “acondicionamiento” para el ejercicio de las acciones de salud y a seleccionar galenos que cuenten con título profesional para prestar un servicio de salud.

Finalmente, el tribunal decidió exonerar al sanatorio de la reparación de los perjuicios causados sosteniendo que “en el caso *sub-lite*, resultan hechos no controvertidos que la demandante ingresó a la clínica por indicación de su médico tratante, que, según la misma actora sostiene, la había atendido durante catorce años con título profesional debidamente acreditado y con el correspondiente diagnóstico preoperatorio; que la intervención quirúrgica se efectuó en uno de sus pabellones y que luego del acto operatorio, permaneció internada en el establecimiento durante seis días, de lo cual se desprende que la Clínica ha dado cabal cumplimiento a las obligaciones que le imponía su reglamento, proporcionando, adecuadamente, la infraestructura del centro de

salud, así como sus pabellones y equipamiento clínico para la realización de la intervención quirúrgica y los cuidados post operatorios de la paciente”¹⁵⁵.

La solución dada en este caso, remueve los cimientos de la responsabilidad civil sanatorial, puesto que reconoció la posibilidad de que un establecimiento clínico sea únicamente responsable del estado de la infraestructura y del equipamiento clínico, que proporcionaría en base a un contrato a través del cual facilitaría su infraestructura a los galenos que intervienen y que serían contratados directamente por el paciente.

Como puede repararse, los centros médicos han trasladado la discusión desde la fijación de los criterios para sostener una vinculación de dependencia médico-sanatorio, a determinar la naturaleza propia de la relación jurídica obligatoria que lo liga con el paciente, cuestión que lejos de tener fundamentos más sólidos, languidece los cimientos de la responsabilidad civil sanatorial.

Nótese cómo la defensa basada en la ausencia de dependencia de los galenos respecto de la institución de salud, aunque muchas veces censurable, encuentra implícito en su seno, un reconocimiento de que los establecimientos de salud pueden ser civilmente responsables por los daños causados a los pacientes por la ejecución negligente de un acto médico, aunque siempre que se acredite un vínculo de dependencia con el galeno ejecutor del acto ilícito y,

¹⁵⁵ 2º Juzgado Civil de Viña del Mar, 30 de junio de 2003, rol N° C-2.848-2001, caratulado “Sciaccaluga Rocuant con Escudero Schiappaccasse y otros”.

en general, los presupuestos de la responsabilidad por el hecho ajeno. Sin embargo, con la excepción fundada en que los servicios contratados con el centro médico no serían aquellos estrictamente médicos, sino que aquellos complementarios a éste, tales como el alojamiento, personal médico, alimentación e infraestructura, niegan aquella característica que los define como tal, esto es, la prestación de servicios médicos, y postulan su irresponsabilidad frente a los perjuicios causados en sus dependencias a consecuencia de un proceder galénico negligente, lo que equivale a retroceder a épocas ya olvidadas en que el agente médico era calificado como irresponsable por los daños que ocasionara a terceros.

En efecto, en épocas pretéritas se pregonaba la irresponsabilidad civil del agente sanitario, esgrimiéndose una serie de argumentos¹⁵⁶ que han sido

¹⁵⁶ Entre aquellos se encuentran:

- i.- que la medicina es un arte esencialmente conjetural, al existir una pluralidad de criterios y opiniones, impidiéndose disponer de reglas absolutas de tratamiento o curación ante las reacciones variables del cuerpo humano;
- ii.- que la profesión médica tiene sustento en el título conferido por la Universidad respectiva, el cual lejos de hacerlo infalible, reconoce tácitamente al mismo el derecho de equivocarse, siendo, por tanto, suficiente cobertura la habilitación otorgada por el Estado;
- iii.- que el paciente es responsable de la mala atención que se le presta por el profesional galénico al ser elegido por éste, ya que de haber optado correctamente al facultativo no habría tenido que sufrir el daño. Describe estos tres argumentos, sin compartirlos: GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 15-16pp.
- iv.- que el poder jurisdiccional no tiene conocimientos médicos suficientes para realizar la labor de juzgamiento según parámetros objetivos en el “arte de curar”. Explica este fundamento, discrepando con éste, MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 23p.
- v.- que la medicina no es una “ciencia”, sino un “arte” y como tal el galeno cuenta con una libertad ilimitada en su práctica, librada a la intuición y particular modo de ver de un profesional-artista. Así, al no ser una ciencia, no existen verdades científicas lo que redundo en que la culpa únicamente comienza cuando existen certezas, lo que sólo

superados largamente en el actual estado de la materia, no existiendo dudas que a un facultativo puede imputarse responsable civil si con su actuar ocasiona daños antijurídicos al paciente que atiende. Sin embargo, esta nueva defensa de los sanatorios basada en la ausencia de relación contractual con el paciente, en lo que dice relación con el acto médico, reverdece la tesis de la irresponsabilidad de los actos médicos, aunque enfocada ahora no en el médico, sino que en la empresa sanatorial.

Parece difícil de entender para legos y letrados que se introducen en el campo médico, imaginar que quienes se promocionan como instituciones prestadoras de servicios de salud, a la hora de enfrentar juicios por responsabilidad civil, se presenten como instituciones hoteleras, tal y como un *resort* cinco estrellas, cuyo giro consiste en brindar un servicio de alojamiento, habitación, alimentación e infraestructura necesaria para la ejecución del acto médico para un tercero.

ocurre en los casos de negligencias graves. También lo expone, sin compartir su raciocinio, MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 25-26pp.; y

vi.- que la culpa médica es excusable, pues constituyen un sacrificio que se exige en aras del progreso de la humanidad. Igualmente se refiere a él, MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 68p. Un ejemplo de opiniones en este sentido es Lacassagne, quien opinaba que “agitada frecuentemente la cuestión de la responsabilidad, ella llegará a ser, en efecto, el más grande disolvente de la profesión médica; un régimen de terror ocasionará el método de la prudencia sospechosa, de la expectativa sistemática y, a veces, de vergonzosos abandonos”. LACASSAGNE A., Martin. 1921. *Précis de Médecine Légale*. Paris, Masson, 65p.

También hace referencia a los argumentos de la tesis de la irresponsabilidad absoluta de los médicos, el profesor Hugo Cárdenas Villarreal. CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2012), 87-98pp.

La tesis de irresponsabilidad de las clínicas por actos médicos de galenos independientes constituye un retroceso inexplicable; ya que concibe la idea de centros clínicos que pueden realizar contratos de mero hospedaje respecto de pacientes y arrendamiento o uso de equipos e infraestructura a los galenos, sin comprometer responsabilidad alguna por la ejecución de actos médicos propiamente tales, lo que significa volver a los inicios de esta área del Derecho en que la irresponsabilidad galénica era una de sus peculiaridades; aunque con un cambio: existe una variación del protagonista, desde la irresponsabilidad de los galenos hacia la irresponsabilidad de las entidades sanatoriales, quienes hoy reniegan de una posición de prestadores de salud que ellos mismos promocionan.

Apuntado lo anterior, resulta interesante hacer uso de un instrumento poco utilizado por los autores, pero que con el paso de los años – y frente al fortalecimiento de la tramitación electrónica – se presentará como una herramienta útil y provechosa para el desarrollo de las investigaciones jurídicas en el campo forense, esto es, el examen de causas pendientes que se ventilen ante los tribunales nacionales¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Favorece el desarrollo de este tipo de investigaciones, la modernización de la tramitación en los juicios de competencia civil, puesto que a partir del año 2015, los tribunales del país con competencia civil, se han integrado a una tramitación electrónica que exige registrar toda actuación generada en el proceso, incluyendo obviamente las demandas, contestaciones de demanda y sentencias de primera instancia, antecedentes relevantes para la estructuración de una investigación jurídica. En efecto, el Auto Acordado de la Corte Suprema, Acta N° 54-2014, de 23 de abril de 2014, dispuso en su artículo 1°: “Uso Obligatorio del Sistema Informático de

La utilización de tal herramienta, además de dar una visión más concreta de la excepción en comento, permite comprobar que la cuestionada defensa de los centros asistenciales que los pregona como verdaderas instituciones hoteleras, se presenta de manera bastante frecuente en los juicios de responsabilidad civil por daños ocasionados a los pacientes por galenos, no pertenecientes a la institución, en el ejercicio de actos propiamente médicos¹⁵⁸.

Entre algunos de estos juicios, en que precisamente centros clínicos han opuesto como excepción la inexistencia de contrato médico con el paciente o la falta de legitimación pasiva, sosteniendo que sus obligaciones se reducen a prestaciones de servicios de infraestructura y hotelería adecuada complementaria al ejercicio de aquellos actos, puede citarse aquél ventilado ante el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-24.038-2012, caratulado “Beale con Clínica y Maternidad Sara Moncada y otro”, en que la paciente demandó en sede contractual a la Clínica y Maternidad Sara Moncada de Arias S.A. y al Dr. Patricio Andrade Cvitanic, por los daños causados al practicar una intervención quirúrgica de pexia mamaria sin implantes y una minilipectomía, a

Tramitación de los Tribunales Civiles (SITCI o SITMIX). Los tribunales con competencia en materia civil deberán registrar en el sistema informático de tramitación correspondiente (SITCI o SITMIX) todas y cada una de las resoluciones, actuaciones, presentaciones, comparendos y actas de las audiencias que se realicen en una causa”.¹⁵⁸ En el caso de negligencias en la ejecución de actos extramédicos, como por ejemplo, caída desde camillas, falta de vigilancia en post operatorio, vicios del material médico o instrumentos médicos, nadie duda la responsabilidad de las clínicas, imputándoseles directamente o por el hecho de sus dependientes, la responsabilidad por tales descuidos. La excepción de inexistencia de contrato con el paciente respecto del acto médico, pierde allí pertinencia, pues precisamente los servicios extramédicos o paramédicos son aquellos que la defensa de las instituciones asistenciales reconoce que forman parte del contrato de hospitalización que celebran con el paciente.

consecuencia de la cual se desarrolló un cuadro de tromboembolismo pulmonar que causó severos daños a la paciente.

En la contestación de la demanda de la clínica en cuestión, su defensa se estructuró sobre la base de la excepción comentada, arguyendo que “[...] se reconoce en el texto de la demanda que la Sra. Beale se atendía con el Dr. Patricio Andrades Cvitanic en su consulta de Clínica Arauco Salud, y que fue en ese contexto que ellos acordaron la realización de una cirugía de pexia mamaria sin implantes y una minilipectomía, que se practicarían por el equipo comandado por el Dr. Patricio Andrade”. Agrega que, “[...] lo anterior es de vital importancia, toda vez que deja en evidencia que el real vínculo contractual que existió entre Clínica Sara Moncada y la Sra. Beale, no fue un contrato de prestación de servicios médicos como erradamente se afirma en la demanda, sino que sólo fue un contrato de prestación de servicios clínicos de hospitalización, en cuya virtud mi representada sólo se encontraba obligada a proporcionar, tanto a la demandante como a su equipo médico tratante, la infraestructura clínica de pabellones y servicios de enfermería, esto es, el recinto y los equipos técnicos necesarios y adecuados para llevar a cabo la cirugía previamente acordada entre la actora y el codemandado, como parte del contrato de prestación de servicios médicos que ellos celebraron en forma independiente de la Clínica”.

Es posible advertir que la defensa del nosocomio distinguió claramente dos contratos con ámbitos obligacionales totalmente distintos. En primer lugar, un contrato de prestación de servicios médicos con el galeno Patricio Andrade Cvitanic; mientras, con el ente asistencial, se habría celebrado un contrato distinto calificándolo como un “contrato de prestación de servicios clínicos de hospitalización”. Esta disquisición lejos de ser superflua, a juicio de esas defensas, determinaría su irresponsabilidad civil por los daños que se causen bajo la esfera del primer contrato, lo cual sería de exclusiva responsabilidad de su médico tratante y no de la clínica donde dichos servicios se han prestado.

Los mismos argumentos contenidos en la sentencia que se ha citado, pueden observarse en una multiplicidad de juicios iniciados hace pocos años¹⁵⁹,

¹⁵⁹ Por ejemplo, el juicio seguido ante el Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, rol C-3771-2014, caratulado “Sverdlov con Clínica Las Condes S.A.”, en que la actora demandó, en lo principal, en sede contractual al doctor Vicente Solá Dalenz y a la Clínica Las Condes S.A., a consecuencia de los daños causados por el rechazo del cuerpo de la paciente a la malla Prolift posterior, que se le instaló mediante la práctica de una histerectomía supracervical laparoscópica. La clínica demandada sostuvo en su contestación que, “en toda actuación médica que se requiere de hospitalización, normalmente existen o se celebran dos contratos: (1) uno de prestación de servicios médicos que se celebra entre el médico tratante y el paciente, en este caso la demandante Beatriz Irene Sverdlov Gomberoff y el doctor Vicente Solá Dalenz; y (2) otro contrato distinto del anterior de hospitalización o asistencia hospitalaria, que se celebra entre el paciente y la clínica u hospital correspondiente, en este caso entre la Sra. Sverdlov y Clínica Las Condes S.A.”. Añadió que este segundo contrato está “[...] destinado a que la Clínica le facilitara sus pabellones, infraestructura hospitalaria, se ocupara de su hospitalización y recuperación siguiente a la cirugía, hasta el alta. Por ello, no es efectivo que la demandante haya celebrado como plantea en su demanda, un contrato único con Clínica Las Condes y el médico demandado”. Por último, refiriéndose a la relación que vinculó a la Clínica y al médico tratante, la institución de salud arguye que “la única relación existente, es que este médico arrendaba consulta a Clínica Las Condes, donde atendía a sus pacientes [...]”.

En la causa “Tapia con Clínica Ciudad del Mar y otro”, rol C-4421-2013, ventilada ante el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, doña Catherine Tapia Aliaga en su demanda

e incluso algunos del año 2014¹⁶⁰, lo que demuestra la importancia que esta defensa ha adquirido en el desenvolvimiento de los juicios por responsabilidad sanatorial.

principal, acciona en sede contractual, en contra de la Clínica Ciudad del Mar S.A. y, en subsidio, en sede extracontractual, dirige acción contra la clínica aludida y al Dr. Juan Pablo Harire Traverso, producto de las complicaciones post – operatorias consistentes en una fístula ocasionada luego de una operación de gastrectomía subtotal y colecistectomía que buscaba resolver un cuadro de obesidad mórbida, hígado graso e insulinoresistencia. Al igual que en los anteriores casos, la defensa de la clínica demandada, encuentra su sustento en la inexistencia de contrato de asistencia sanitaria con la paciente, indicando que “en la referida intervención quirúrgica, mi representada sólo se encontraba obligada a proporcionar, tanto a la paciente como a su médico tratante, toda la infraestructura clínica, de pabellones y servicio de enfermería que resultaban necesarios para llevar a la cirugía que la actora había acordado con el Dr. Harire, profesional externo y ajeno a la Clínica, y de elección privada de la propia demandante”. Complementa lo anterior, afirmando que “[...] es insostenible pretender accionar en contra de la Clínica Ciudad del Mar por el supuesto incumplimiento de un contrato que jamás celebró con la actora – contrato de prestación de servicios médicos –, toda vez que dicha relación única, exclusiva y excluyentemente sólo existió con el Dr. Juan Pablo Harire Traverso, a quien el paciente consultó libre y voluntariamente en su condición de médico especialista en Cirugía, en forma privada e independiente de la Clínica Ciudad del Mar. [...] el contrato que mi representado celebró, sólo le imponía la obligación de prestar los servicios clínicos de hospitalización, consistentes en la infraestructura clínica, de pabellones y servicio de enfermería, esto es, el recinto y los equipos necesarios y adecuados, para llevar a cabo la Cirugía que había acordado con su médico tratante [...]”.

¹⁶⁰ Entre estos juicios, pueden citarse: 14° Juzgado Civil de Santiago, rol N° C-23.934-2014, caratulado “Salinas con Feres”, donde la Clínica Sara Moncada de Arias opone esta excepción respecto a los daños ocasionados por los médicos independientes Francisco Klein Torres y el Dr. Marcelo Feres Wolf, a consecuencia de los daños consistentes en un desgarramiento del útero que terminó con su extracción o histerectomía, provocado en la realización de un procedimiento quirúrgico para extraer el dispositivo intrauterino de la paciente en conjunto con una cirugía de liposucción de flancos por vía dorso lumbar; 2° Juzgado de Temuco, rol N° C-6.391-2014, caratulado “Sarzoza con Mansilla” (sic), en que la Clínica Alemana de Temuco, plantea el desdoblamiento del contrato médico respecto del médico tratante Juan Mancilla Espinoza, para eximirse de los daños consistentes en una ileostomía para el resto de su vida; 2° Juzgado Civil de Talcahuano, rol N° C-3.855-2014, caratulado “Sánchez con Clínica Río Blanco S.A.”, en que el sanatorio también postula su irresponsabilidad fundado en que el contrato médico se habría celebrado con el galeno independiente don Marcelo Acevedo Jorquera, por lo que no le cabría responsabilidad civil por la trombosis bilateral profunda en la pierna izquierda del paciente, posteriores a una

En definitiva, resulta evidente la metamorfosis que han sufrido las defensas de las clínicas en los juicios de responsabilidad civil cuando ejecutan actos médicos aquellos facultativos llamados independientes. La progresiva aplicación transversal de esta excepción de irresponsabilidad por las distintas instituciones de salud, lleva a concluir que, si se sigue este camino en el futuro, todas las clínicas estructurarán sus contestaciones de demanda en base a esta separación artificial de los ámbitos prestacionales entre la clínica y el médico denominado independiente, lo que convierte en sumamente relevante comprender las implicancias prácticas de ella, pues su adopción trazará los lineamientos respecto a la forma en que deben resolverse las controversias cuando se esté frente a las relaciones triangulares sanatorias tan usuales en la actualidad y deberá definirse si la irresponsabilidad civil de estos establecimientos de salud, es la solución que se ajusta a Derecho y que resulta más equitativa para la sociedad en general.

operación de meniscos; 2° Juzgado Civil de Los Ángeles, rol N° C-1.964-2014, caratulada “Navarrete con Clínica Adventista de Los Ángeles”, en que la demandada opone la excepción de falta de legitimación pasiva, pues aduce que en la intervención quirúrgica de colecistectomía vía laparoscópica clásica practicada por el facultativo independiente don Mario Monsalve, ésta sólo habría prestado servicios extramédicos y paramédicos, siendo obligación del galeno la ejecución de los actos médicos a consecuencia de los cuales se generaron perjuicios para el paciente.

SEGUNDA PARTE: LOS MODELOS DE SOLUCIÓN FRENTE A LAS RELACIONES SANATORIALES COMPUESTAS.

Capítulo Primero. Los modelos teóricos que singularizan la responsabilidad civil de los agentes sanatoriales.

SUMARIO: 1. *El modelo tripartito o de estipulación en favor de un tercero. a. El recogimiento de esta fórmula por la doctrina y jurisprudencia. b. Objeciones sustantivas a la teoría tripartita. i. El paciente como tercero. ii. La primacía de la relación de cobertura. iii. La estipulación en favor de tercero como un acto jurídico gratuito. iv. La privación del paciente de la acción resolutoria. v. La privación de remedios contractuales del promitente en contra del beneficiario. vi. Contradictorios efectos de la excepción de contrato no cumplido del promitente. vii. La dependencia del derecho del beneficiario al contrato de cobertura. viii. El ánimo de la estipulación en favor de tercero. ix. La existencia de un beneficiario indeterminado. x. La eventual irresponsabilidad del estipulante.* 2. *El modelo atomista o individualista de responsabilidad civil. a. El recogimiento de esta fórmula por los operadores jurídicos. b. La inexistencia del contrato de hotelería clínica entre el sanatorio y el paciente.*

La recurrencia con que la excepción analizada en la primera parte de esta investigación, se opone en los juicios de responsabilidad civil y la importancia práctica que puede tener la adopción de este criterio interpretativo, hace situar la mirada en la estructuración jurídica de la relación que nace entre el paciente, el médico independiente y el sanatorio, analizando los diversos modelos de solución respecto a su conformación y sus implicancias a nivel del Derecho de Daños.

El estudio de esta materia tiene una dificultad innegable, que resulta de estar frente a relaciones jurídicas compuestas y complejas, en que nacen un entramado de derechos y obligaciones que se solapan entre sí, lo que complejiza el análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de dichas vinculaciones. Si bien esta característica no es exclusiva de los contratos médicos, es aquí donde la visión individualista ha encontrado un nicho fructífero para realizar juicios de reproches particularizados y fraccionados, con ocasión de ser la fuente ideal para liberar de responsabilidad civil a los establecimientos de salud demandados por pacientes ofendidos.

Estas complejas relaciones han hecho imperioso que la doctrina desarrolle modelos teóricos que expliquen la forma en que se vinculan estos tres sujetos o, dicho de otra manera, que determinen quién está obligado y a qué está obligado y, como contrapartida, quién ostenta un derecho subjetivo, cuál es el contenido de éste y respecto de quién puede ejercerse tal prerrogativa.

Así, se han postulado dos vertientes teóricas que explican estas relaciones: primero unas que disocian la responsabilidad civil de los agentes médicos involucrados, entre las que se cuentan, la teoría tripartita o de estipulación a favor de un tercero y la teoría atomista o individualista; en segundo lugar, tenemos una fórmula que mancomuna o aglutina la

responsabilidad civil en todos los operadores prestadores del servicio médico, a la que denominamos teoría bipartita o de contrato médico integral.

Dentro de aquellas interpretaciones que disocian la responsabilidad de los prestadores, se encuentra la “**teoría tripartita**” o “**de estipulación a favor de un tercero**”, que se configura a través de este instituto jurídico y, en términos generales, sostiene que el paciente se relaciona con uno de los deudores, sea el centro médico o con el profesional médico, por medio una relación jurídica que se denomina valuta, mientras con aquél no comprendido en este acuerdo, queda igualmente ligado conforme a las reglas contractuales, pero no en virtud de un convenio con el paciente, sino que en virtud de un derecho que nace de un acuerdo distinto entre el nosocomio y el galeno (denominado de cobertura), radicándose este derecho directamente en el paciente-beneficiario que le faculta para exigir el cumplimiento de la prestación en contra del denominado promitente, y que, frente a la inejecución, queda obligado a reparar el daño conforme a las reglas contractuales.

Así, mediante esta figura el paciente es el beneficiario de un derecho que nace de una relación de cobertura entre estipulante y promitente. De su estructura puede apreciarse una composición que disocia los vínculos obligacionales, pues existe una relación beneficiario-promisario, otra beneficiario-promitente y otra estipulante-promitente, las que pese a nacer en un marco común, están sujetas a distintos regímenes.

Sin perjuicio de lo que se dirá oportunamente, esta tesis ha sido sometida a una fuerte crítica en los últimos años, dada la artificialidad de su estructura, pero a la que tanto la doctrina como la jurisprudencia han echado mano continuamente para explicar la naturaleza y consecuencias asociadas a estas relaciones triangulares sanatorias.

Este modelo presenta severas inconsistencias lógico-jurídicas en su propia conformación, si se tiene en consideración que tal postura otorga al paciente la calidad de tercero, pese a ser éste el principal interesado en el cumplimiento diligente de la prestación sanatorial, siendo él quien promueve el acuerdo de voluntades para la satisfacción de su necesidad medical; a lo que se suma que mediante este modelo se califica al acto que se origina como gratuito, pese a que la relación sanatorial se basa en una reciprocidad de prestaciones onerosas¹⁶¹.

Asimismo, dentro de esta postura disociadora se encuentra la denominada “**teoría atomista**” o “**tesis individualista**”, que representa precisamente aquel esquema argumentativo que han pregonado últimamente las defensas de las clínicas en los juicios de responsabilidad civil, y que sostiene que cuando el paciente contrata la ejecución de una prestación médica en dependencias de un sanatorio con un médico independiente del centro médico, la relación sanitaria está compuesta por dos contratos distintos e

¹⁶¹ Ahondaremos en las objeciones sustantivas a la formulación de la teoría tripartita en el apartado pertinente de la presente investigación.

independiente entre sí: el primero, que vincula al galeno con el paciente al que denomina contrato de prestación de servicios médicos y; un segundo contrato, que relaciona al centro médico con el paciente, al que se le llama contrato de hospitalización. En el primer contrato, el médico se obliga a prestar los servicios de salud necesarios para recuperar al paciente de alguna dolencia, mientras por el segundo, los centros de salud se obligan sólo a ejecutar la prestación de servicios extramédicos o paramédicos, tales como, el hospedaje, la alimentación, la infraestructura adecuada, el material clínico y el personal necesario para la ejecución del primero, funcionando tan sólo como un complemento de los servicios clínicos que presta el médico.

Mientras tanto, la relación que vincularía al médico y al centro clínico, sería un contrato nominado o innominado en virtud del cual la institución de salud arrienda o facilita el uso al galeno de parte de su espacio e infraestructura necesaria para la ejecución de los actos clínicos que practica al paciente. Mediante este contrato, se le permitiría al médico utilizar la sala de operaciones, disponer de material clínico y personal necesario para, a su vez, cumplir con sus obligaciones con el paciente.

Es así como, mediante esta fragmentación contractual se configuran a lo menos tres relaciones distintas, sanatorio-paciente, galeno-paciente y sanatorio-galeno, lo que ha permitido al nosocomio erigir un esquema del que resulta su total irresponsabilidad civil respecto de las negligencias médicas que

se cometan al interior de sus dependencias, por ser prestaciones que escapan de su campo obligacional, que se restringen a aquellas dirigidas a otorgar su infraestructura, equipos y personal necesario para llevar a cabo el acto médico por el facultativo.

Este modelo, no responde a la realidad práctica sanatorial contemporánea de carácter mancomunado, traicionando aquellas características que lo definen como institución de salud y la posición que asume al promocionar los servicios que presta a los pacientes, por lo que no debe adoptarse como un criterio interpretativo válido de la composición de estas relaciones jurídicas sanatoriales.

Morigerando los efectos de esta concepción, se ha levantado una postura atomista moderada¹⁶², en la cual, pese a distinguirse diversas relaciones jurídicas con los agentes sanatoriales (en términos similares a la postura atomista), postula que todos ellos están íntimamente relacionados o imbricados, lo que conduce a la inseparabilidad de la prestación sanatorial y, en consecuencia, el paciente tendría siempre acción en contra de todos los prestadores del servicio. En otros términos, planteando el problema en los términos fijados por los atomistas, finalmente se inclina por una postura que sociabiliza la responsabilidad civil al asumir la inseparabilidad de la prestación.

¹⁶² Pese a que el profesor Cárdenas la denomine “paradigma integrado” o “modelo bipartito”. CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 678-682pp.

Por último, se postula el “**modelo bipartito**” o “**de contrato médico integral**”, el cual se estructura en el reconocimiento de un solo contrato que liga únicamente a dos partes, por un lado el prestatario, representado por el paciente; y por la otra, los prestadores del servicio médico, comúnmente representados por la institución de salud y el galeno independiente¹⁶³. El paciente es acreedor de una prestación de salud que deben suministrar ambos deudores de manera asociada, obligación compuesta por el acto médico propiamente tal y por todos aquellos servicios que complementan dicha ejecución de la obligación principal.

De este modo, en aquellos casos en que un paciente contrata previamente con un médico particular la ejecución de un acto médico-quirúrgico, eligiendo posteriormente que se realizará en dependencias de una determinada clínica, la ejecución de dicho acto, es ejecutado de manera mancomunada y colaborativamente por dos prestadores de servicios médicos: la clínica y el médico particular. Ambos son deudores conjuntos del acto médico, cuyo acreedor es el paciente, no pudiendo ni uno y ni el otro desligarse de la obligación libremente pactada con el enfermo.

Creo que este modelo es el que mejor responde a la realidad sanatorial coordinada en la ejecución de la prestación, que conjuga armónicamente la organización para la prestación asociativa con un criterio imputador símil frente

¹⁶³ Sin perjuicio de que puedan confluir otros agentes sanatoriales que, en conjunto, se ocupen de satisfacer el interés del paciente.

al incumplimiento y que resulta más equitativo para alcanzar la indemnidad del paciente ofendido.

Ahora bien, en forma previa a la exposición de los argumentos del modelo teórico bipartito que sustenta esta responsabilidad de las instituciones sanatorias bajo estos supuestos, lo cual será expuesto en el último capítulo de esta investigación, cabe analizar críticamente aquellas fórmulas dogmáticas que explican la composición de los vínculos que se crean entre paciente, nosocomio y médico independiente, disociando los campos obligacionales de los deudores de la prestación asistencial, lo cual redundaría en la irresponsabilidad civil de los centros de salud por los actos médicos que causan daño a los pacientes.

Parece indispensable para una argumentación lógica y sistemática, hacernos cargo de estas dos posturas, para, comprendiendo los fundamentos en que se erigen y las razones por las cuales deben desecharse, esbozar aquella fórmula que resguarda de mejor modo los intereses de quien representa la parte más débil de la relación sanitaria, esto es, el paciente.

1. El modelo tripartito o de estipulación en favor de un tercero.

En este apartado, se analizará aquel modelo que explica la forma en que se estructuran estas relaciones sanatorias y que se ha denominado como

tripartito o de estipulación en favor de tercero. Para tal efecto, se describirá la manera como parte de la doctrina y jurisprudencia han recogido esta concepción, para luego dar cuenta de las inconsistencias lógico-jurídicas de su aplicación, lo que haría decantarse por su exclusión como forma de explicar el desenvolvimiento de las relaciones objeto de la presente investigación.

a. El recogimiento de esta fórmula por la doctrina y jurisprudencia.

Lejos ha quedado la máxima del Derecho romano clásico, recogida posteriormente por el Derecho francés resumida en la clásica frase “*alteri stipulari nemo potest*”¹⁶⁴, en virtud del cual sólo se admitía excepcionalmente, la validez de la estipulación en favor de un tercero. Muy por el contrario, en la actualidad, se le reconoce plena validez jurídica, construyéndose sobre la base de “*pactum in favorem tertii*”, y sirviendo como un instituto que explica un conjunto de situaciones prácticas en diversas instituciones del Derecho Civil, Derecho Comercial y el Derecho de Seguridad Social.

Precisamente en esta antigua institución, parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, han visto un mecanismo para explicar la forma en que se desenvuelve la relación triangular que se genera entre el galeno

¹⁶⁴ Expresión que significa “nadie puede estipular para otro”. Para una profundización de esta regla en el Derecho romano, véase: SANSÓN R., María Victoria. 2000. La *stipulatio alteri* en el Derecho Romano. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna (17): 291-308pp.

independiente, el paciente y el establecimiento de salud, buscando situar en la égida contractual la responsabilidad civil que se genera frente a los daños causados a los pacientes por negligencias médicas¹⁶⁵.

En efecto, a través de este mecanismo dos agentes sanatoriales (usualmente el médico independiente y la clínica) celebran un contrato que origina un derecho que se radica en el paciente quien es una persona ajena a dicha relación jurídica, consistente en el crédito para la prestación de un servicio médico que éste requiera. Estamos claramente frente a una excepción al efecto relativo de los contratos, pues en virtud de un acuerdo de dos sujetos, un tercero ajeno al mismo asume la posición de acreedor con la facultad de exigir su cumplimiento¹⁶⁶.

Se distinguen tres intervinientes bajo esta operativa:

i.- El estipulante o promisorio, representado, en el caso en estudio, por el nosocomio que celebra un contrato con el facultativo independiente, o bien, por este médico que celebra un contrato con el sanatorio, el cual consiente en que los derechos emanados en dicha convención se radiquen en el patrimonio de un tercero-beneficiario, mediante el cual el promitente se obliga a prestarle un servicio médico determinado.

¹⁶⁵ El instituto de la estipulación en favor de otro ha sido apuntada usualmente como un mecanismo contractualizador de la responsabilidad civil. Véase: ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 597-599pp.

¹⁶⁶ Sobre la estipulación en favor de terceros como una excepción al efecto relativo de los contratos, puede verse: LÓPEZ S., Jorge. 2010. Los Contratos. Parte General. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 295-305pp.

ii.- El promitente o prometiente, representado, en el caso en estudio, por la institución de salud o profesional médico, según sea el caso, que, en virtud del contrato de cobertura celebrado con el estipulante, se compromete a prestar un servicio médico al paciente-beneficiario, a pesar de que éste último no es parte del contrato.

iii.- El beneficiario, posición que ocupa el paciente, tercero ajeno al contrato de cobertura celebrado entre promisorio y promitente, quien ostenta en virtud del mismo el derecho de exigir una prestación asistencial del promitente.

Para el caso que nos ocupa, la clínica o el médico independiente pueden asumir indistintamente la posición de promisorio y de promitente, ya que puede configurarse cuando el paciente celebra un contrato con el nosocomio y un médico, que no es parte del grupo de galenos de la organización sanatorial, le presta un servicio en calidad de promitente o, de forma inversa, cuando el paciente celebra un contrato con el médico independiente y, luego, el hospital presta servicios asistenciales como promitente. Respecto de aquel con quien el paciente haya tenido una relación previa se regirá por el estatuto contractual ante cualquier daño que se le ocasione¹⁶⁷, pero ¿qué pasa si quiere invocarse responsabilidad civil de aquel operador sanitario con quien no celebró un contrato? ¿Se rige por el estatuto contractual o extracontractual? Al no existir

¹⁶⁷ Sin perjuicio de lo que se dirá respecto a la eventual irresponsabilidad civil de éste, al carecer el beneficiario de acción directa en su contra en virtud del artículo 1449 del Código Civil, en aquellos casos en que no se ha celebrado un contrato con el beneficiario.

convenio debería regirse por el régimen aquiliano, sin embargo, recurriendo a una ficción jurídica se aplica el instituto de la estipulación en favor de otro, quedando de ese modo amparado en la égida contractual.

De este modo, se disocia la responsabilidad civil de los involucrados pues, mientras el estipulante tiene un régimen propio ajeno al contrato de cobertura, aunque canalizado a través de la sede contractual; el promitente es responsable en virtud del incumplimiento de la obligación nacida a consecuencia de la estipulación en favor del paciente, introducida como modalidad en el contrato de cobertura¹⁶⁸, por lo que pese a que en ambos casos el estatuto aplicable es contractual¹⁶⁹, la responsabilidad que emana respecto de promisorio y promitente emana de dos fuentes distintas, quedando sujeta a los rasgos esenciales de diversa naturaleza.

De manera reiterada la jurisprudencia nacional ha echado mano a esta institución para estructurar las relaciones triangulares que se generan en el ámbito medical. Puede citarse como ejemplo, la antigua sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, que sentenció, “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

¹⁶⁸ Sobre la estipulación en favor de otro como modalidad del contrato de cobertura, véase: RAMOS P., René. 1993. De la estipulación en favor de otro. Revista de Derecho Universidad de Concepción (193): 19p.

¹⁶⁹ Salvo que se sostenga la irresponsabilidad del estipulante.

estipulación en favor de otro”¹⁷⁰. En este caso, el estipulante es la institución de salud y el profesional médico asumió la calidad de promitente, el cual, pese a no estar vinculado contractualmente con el paciente, debe responder en virtud de esa sede, al existir una estipulación en favor de ese paciente, consistente en la ejecución de servicios médicos conforme a la *lex artis*.

En igual sentido, aunque variando al promitente por un banco de sangre¹⁷¹, se observa en el juicio caratulado “Avendaño con Sociedad Kohan Hermanos”¹⁷², que resolvió: “necesario resulta concluir que entre la Clínica Portales y la Sociedad Kohan Hermanos Limitada en lo que atañe a la prestación efectuada por ésta a la actora, se ha configurado una verdadera estipulación a favor de un tercero, en cuya virtud la referida sociedad (prometiente) se encontraba obligada para con la Clínica Portales (estipulante) a proveer a la señora Avendaño Godoy (beneficiaria), de una determinada cantidad y calidad de sangre, para ser usada en la intervención médica de que ella sería objeto. Por lo demás, en lo específico, dicha estipulación aparece aceptada por el laboratorio, desde el momento que efectivamente proporcionó a

¹⁷⁰ Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 15 de abril de 1992, caratulado “Saccan, Alejandro con Ortega Loyola, Carlos”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LXXXIX, 2ª parte, secc. 1ª, 1992, 39p.

¹⁷¹ Sin duda, la hipótesis escapa ligeramente de aquello que es objeto central de esta investigación, sin embargo, sirve para entender la dinámica de esta interpretación jurídica extrapolándola a la forma de operar respecto de los médicos denominados independientes.

¹⁷² Este juicio refiere al daño provocado a una paciente por una transfusión de sangre efectuada en una clínica privada, la cual se encontraba contaminada con un antígeno que le provocó una insuficiencia renal. La clínica demandada, al no contar con un banco de sangre propio, externalizó tal servicio en la institución que proporcionó la sangre que causó el perjuicio a la paciente.

la paciente el humor sanguíneo que requería, practicando previamente los exámenes correspondientes sobre las muestras que le envió la clínica y, además, aceptó el pago que, mediante bono FONASA tomado a nombre de Sociedad Kohan Hermanos Limitada, le hizo la actora; hecho que a su vez, en lo que a ésta concierne, constituye aceptación de la estipulación habida en su favor". Añaden que, "[...] resulta del todo evidente que la responsabilidad que afecta a la Sociedad Kohan Hermanos Limitada respecto de la actora por la provisión de sangre incompatible que le hizo, es de naturaleza contractual porque reconoce como fuente la figura de la 'estipulación a favor de un tercero', que nuestro Código Civil consagra en su artículo 1449; responsabilidad de idéntico carácter que la que afecta a la Clínica Portales por el hecho de haber realizado la transfusión de manera inapropiada con ese humor"¹⁷³.

En este supuesto, en virtud de un contrato entre la clínica y el banco de sangre, este último se comprometió a prestar un servicio a un tercero ajeno a ese contrato – el paciente –, en quien habría nacido un crédito para recibir tal prestación, encuadrando la hipótesis en una estipulación en favor de otro, que hace civilmente responsable al promitente en virtud del estatuto contractual, aunque teniendo una fuente distinta que aquella referida a la institución sanatorial.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2000, rol N° 6.956-1996, caratulado "Avendaño con Sociedad Kohan Hermanos".

También se utilizó esta figura para hacer responsables contractualmente a los agentes sanatoriales asociados a una institución de salud previsional. Así, en el fallo caratulado “Ocaranza con Robinson”, dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹⁷⁴ y ratificado por la Corte Suprema, se afirmó que: “[...] cuando los sujetos jurídicos optan por el sistema privado de salud afiliándose a una Isapre y suscribiendo un contrato de salud con la institución, en virtud del cual el contratante o su carga familiar pueden dirigirse al centro médico o profesional incluido dentro de sus facultades que entregan prestaciones médicas, lo que se produce en primer término, sin perjuicio de la responsabilidad de la Isapre, es un contrato a favor de tercero, porque se trata de un médico que contrata con la institución previsional de la que nace un beneficio asistencial para un tercero, el paciente, regulado por el artículo 1449 del Código Civil”¹⁷⁵.

Se advierte la misma composición de los otros casos comentados, un contrato entre la Isapre y el médico o nosocomio, del cual nace un derecho para el cotizante o su carga médica para recibir la atención médica de estos últimos, por lo que cualquier eventual responsabilidad queda regido por la sede

¹⁷⁴ Debe aclararse que no obstante la utilización de esta figura, en otro pasaje de la sentencia reconoce la existencia de un vínculo contractual entre el galeno y el paciente, lo que torna irrelevante la mención de dicha institución para solucionar el problema jurídico de la *litis*.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 07 de diciembre de 2004, rol N° 718-2004, caratulado “Ocaranza Ardiles con Robinson Onetto”. Ratificado por la Corte Suprema, 28 de noviembre de 2006, rol N° 320-2005.

contractual, ya sea en virtud del contrato con el paciente (estipulante) o por la estipulación en favor del beneficiario (promitente).

A pesar de que excede el marco de la presente investigación, este mecanismo también ha servido en aquellas relaciones entre los trabajadores y las mutuales de seguridad, con la finalidad de resguardar los derechos de los trabajadores frente a accidentes y daños que sufren en el ejercicio de sus funciones laborales¹⁷⁶.

En la literatura jurídica, por su parte, no ha estado ajena a la aplicación de la estipulación en favor de otro. El tratadista nacional Arturo Alessandri, por ejemplo, concluyó que la responsabilidad de los profesionales de la salud respecto de los pacientes es contractual, explicó que los pacientes “[...] si bien

¹⁷⁶ Appreciando este fenómeno, el autor Carlo Jofré Meza, ha comentado que “la teoría de la estipulación por otro ha encontrado amplia aplicación en las leyes sociales dictadas en el último período, leyes que han venido a mejorar en gran parte la condición económica y social de nuestra clase trabajadora, que hasta ayer estuvo abandonada a su propia suerte. Todos los seguros colectivos que debe contratar un patrón a favor de sus obreros que trabajan en su fábrica, no son sino una forma de estipulación por otro”. COFRÉ M., Carlo. 2010. La estipulación por otro. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos (1): 309p. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt, ha fallado también en este sentido, diciendo que “[...] la solicitud de adhesión de la empleadora a la mutual demandada y su aprobación por ésta, es una convención creadora de obligaciones para ambas partes, constituyendo un contrato que contiene estipulación en favor de terceros que son los trabajadores de la empresa adherida, obligándose ésta a pagar las cotizaciones que financian el seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que administra la mutualidad demandada, la que se obliga a otorgar todas las prestaciones médicas y económicas o pecuniarias que establece la Ley N° 16.744, concurriendo todos los requisitos del contrato con estipulación a favor de otro en los términos del artículo 1.449 del Código Civil”. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 14 de diciembre de 2011, rol N° 499-2011, caratulado “Agüero Cárcamo, José S. con Mutual de Seguridad S.A.”.

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 concurren al establecimiento y reciban los cuidados y atenciones que el profesional presta, importa una aceptación de derecho creada en su favor”¹⁷⁷.

En el mismo sentido, el profesor René Abeliuk, quien sostenía que “[...] en el caso de servicios prestados a través de organismos públicos o privados, la responsabilidad del que presta el servicio es contractual, pues se considera que ha existido una estipulación en favor de este [...]”¹⁷⁸.

El académico Hernán Corral Talciani¹⁷⁹, por su parte, citando a Baltazar Guajardo, lo explica diciendo que “[...] se estima que hay responsabilidad contractual cuando el paciente contrata con un hospital, Isapre o centro médico y éstos le asignan un médico, o cuando el médico tratante del paciente contrata su atención en un hospital o cuando el médico tratante pide exámenes al paciente a laboratorios elegidos por él. La figura de la estipulación a favor de otro (art. 1449) y la aceptación tácita del tercero beneficiario (paciente)

¹⁷⁷ ALESSANDRI R. Arturo. 1943. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Imprenta Universitaria. 77p.

¹⁷⁸ ABELIUK M., René. 1983. Las Obligaciones. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 98p.

¹⁷⁹ CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 279p.

permitirían construir la responsabilidad de médico bajo la fórmula contractual”¹⁸⁰.

Otra forma en que se ha dado aplicación a esta figura, es respecto a los casos en que los promitentes son los auxiliares médicos que colaboran con el profesional médico con quien el paciente ha contratado. En efecto, se ha explicado¹⁸¹ que en ciertos casos “entre el paciente y el personal auxiliar no existe ninguna relación contractual. Esto significa que le estaría vedado al paciente esgrimir el estatuto contractual contra aquel auxiliar que haya cometido una negligencia. Solo podría exigir la reparación al auxiliar negligente por la vía cuasidelictual. Sin embargo, por una ficción jurídica podría interpretarse que el médico tratante estipuló con los otros miembros del equipo a favor del paciente. En otros términos, el médico celebró una estipulación a favor del paciente con cada uno de los miembros del equipo médico [...] En definitiva, el paciente al aceptar la estipulación en su favor, podrá optar entre perseguir la responsabilidad contractual del auxiliar médico negligente o, en segundo término, ignorar la estipulación y preferir la vía cuasidelictual”¹⁸².

En términos similares lo expone De la Maza, quien señala que, “si se contrata un médico para la realización de una intervención quirúrgica, sin

¹⁸⁰ GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 42-52pp.

¹⁸¹ Nótese los términos dubitativos con que se refiere a esta figura, reconociendo que se echa mano a una ficción para contractualizar el vínculo que liga al paciente con dicho personal auxiliar.

¹⁸² PIZARRO W, Carlos. Ob. cit. (2003), 185p.

indicarle quienes deben ser el anestesista, sus médicos y 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”¹⁸³.

De este modo, los autores nacionales de manera constante han echado mano al instituto de la estipulación en favor de otro para contractualizar la relación con aquel agente sanatorial que carece de vínculo contractual con el paciente, explicando la forma en que se estructuran estas relaciones sanatoriales.

La doctrina foránea también ha aplicado este mecanismo para el mismo fin. Por ejemplo Mazen, citado por Mosset Iturraspe¹⁸⁴, señaló que “entre el hospital y el médico que presta sus servicios en el mismo, se establece un verdadero contrato en favor de tercero: el eventual hospitalizado; y como las reglas de la responsabilidad contractual tanto se aplican a las partes entre sí,

¹⁸³ DE LA MAZA R., Lorenzo. 1989. El contrato de atención médica. Revista Chilena de Derecho 16(1): 7 - 8pp.

¹⁸⁴ Cabe apuntar que Mosset Iturraspe no comparte las concepciones de este modelo tripartito, aunque explica su dinámica, señalando que “se trata de un contrato en favor de tercero: contratan el médico y la institución – sanatorio, obra social, mutual – y de ese acuerdo nace un beneficio asistencial para un tercero, ajeno al convenio, el enfermo. A su vez, el eventual paciente ha contratado con la institución la prestación del servicio médico por profesionales adheridos a ella o de su dependencia, contra el pago de un ‘abono’, sea una suma fija o una cuota dineraria periódica”. MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 108-109pp.

como al beneficiario de la estipulación por otro, que acepta el beneficio, la responsabilidad del médico o del hospital en el supuesto de daños y perjuicios causados al enfermo, será siempre de orden contractual¹⁸⁵.

Los profesores argentinos López Mesa y Trigo Represas, también han deslizado la posibilidad de utilizar esta figura para explicar estas relaciones sanatoriales, he indican que “[...] superando el esquema de la dependencia o no del dañador respecto del hospital, se ha dicho que la responsabilidad de los hospitales, clínicas, sanatorios, etc., por los daños que sufren los pacientes sometidos a un inadecuado o insuficiente tratamiento médico, tiene fundamento en la existencia de una estipulación a favor de tercero, por lo cual carece de relevancia que el médico en cuestión revista o no la calidad de dependiente de la entidad¹⁸⁶.

A su vez, los académicos trasandinos Alberto Bueres y Jorge Bustamante Alsina han señalado que entre la clínica y los facultativos se celebra un contrato en favor de los pacientes. La responsabilidad para estipulante y promitente sería contractual y directa. El galeno responde directamente en su calidad de promitente, mientras las clínicas responderían

¹⁸⁵ MAZEN, Jean. 1934. *Essai sur la responsabilité civile des médecins*. Paris, Dalloz. 205p. Citado por MOSSET I., Jorge. 1985. Seguros y responsabilidad civil. Responsabilidad Civil del médico. Buenos Aires, Astrea. 109p.

¹⁸⁶ Los autores utilizan a la estipulación en favor de otro como un fundamento de la responsabilidad institucional de los sanatorios, en virtud de su calidad de promitentes. LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 550p.

en virtud de la existencia de una obligación tácita de seguridad, accesoria a la principal de prestar asistencia médica¹⁸⁷.

Como se ha demostrado, la estipulación en favor de un tercero constituye una herramienta recurrentemente utilizada por la doctrina y jurisprudencia para explicar el funcionamiento de las relaciones triangulares que se generan en las prestaciones sanitarias, pudiendo incluirse, como es evidente, a aquellos supuestos en que un médico independiente estipula en favor del paciente y la institución asistencial presta servicios de salud en su calidad de promitente.

Sin lugar a dudas, su utilización persigue que el ámbito normativo aplicable a aquel prestador no vinculado por acuerdo contractual, quede igualmente regido por el estatuto contractual, sin embargo, pese a la unificación de estatutos, se disocia la responsabilidad civil de los agentes sanitarios involucrados, puesto que la fuente de la cual deriva la obligación es diversa: respecto del estipulante será el contrato que celebró con el paciente, una obligación tácita de seguridad o, incluso, puede derivar en su irresponsabilidad, según se dirá más adelante; mientras que la fuente de la cual deriva la obligación del promitente será el derecho emanado del contrato de cobertura con la modalidad de estipulación en favor de otro, que radica el derecho en el patrimonio del beneficiario. La disgregación de las fuentes de las que derivan las obligaciones de los agentes sanitarios, generan implicancias prácticas que

¹⁸⁷ BUERES, Alberto. Ob. cit. (1981), 26p. y BUSTAMANTE A., Jorge. Ob. cit. (1972), 395p.

no deben ser soslayadas en aras de una coherencia normativa y que, una vez analizadas, descartan la aplicación de este estatuto para explicar las relaciones objeto de nuestro estudio.

En lo que sigue, se explicarán las razones por las cuales esta tesis tripartita no responde a la realidad práctica del sistema sanatorial y cómo los efectos propios de la estipulación por otro no son acordes a los criterios lógico-jurídicos que se aplican a esta materia.

b. Objeciones sustantivas a la teoría tripartita.

Relevante para los efectos de entender el funcionamiento de esta institución jurídica es desglosar sus requisitos generales, con el objeto de comprender si ellos y las consecuencias jurídicas asociadas a su existencia, se avienen con el funcionamiento de la actividad sanatorial.

El autor nacional René Ramos Pazos, los especifica señalando que “los elementos de la estipulación en favor de otro son: a) tres personas involucradas: estipulante, promitente y beneficiario; b) de estas tres personas, sólo son parte del contrato el estipulante y el promitente de estipular para el tercero; c) intención compartida de estipulante y promitente de estipular para el

tercero; y d) la acción para exigir el cumplimiento de la estipulación sólo corresponde al beneficiario, no al estipulante”¹⁸⁸.

Pues bien, la enunciación de estos requisitos – y las consecuencias asociadas a su formulación – dan pie para argüir una serie de argumentos que descartan la aplicación del modelo tripartito a la mecánica medical.

i. El paciente como tercero.

Mediante la adscripción de este modelo, al paciente se le priva de su posición de parte del contrato de prestación de servicios médicos y se le considera un mero tercero ajeno a la relación jurídica entre el promitente y el estipulante¹⁸⁹.

Desde antiguo, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha destacado esta característica de la institución en análisis. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Talca el día 29 de diciembre 1922, resolvió que "si bien en el contrato se menciona a un tercero como beneficiario de ese derecho, el tercero, como que no interviene en la celebración del contrato, no puede ser tenido como parte en él; y porque, al aceptarlo posteriormente, él no hace en realidad otra cosa que ejercer ese derecho que ya existe en su favor y poner de esa

¹⁸⁸ RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 10p.

¹⁸⁹ El principal cuestionamiento del profesor Cárdenas al modelo tripartito se basa precisamente en la comprensión del paciente como tercero. CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 677-678pp.

manera término a la facultad que la ley confiere a las partes de revocar el contrato por su sola voluntad”¹⁹⁰.

En un fallo reciente, la Corte Suprema apuntó que este mecanismo “[...] supone la celebración de un contrato entre estipulante y promitente, pero el derecho que emana de éste, esto es, la calidad de acreedor, nace a favor del beneficiario, quien es ajeno a aquella relación. [...] Así, existen dos partes en el contrato quienes verán afectados sus patrimonios de diversas formas, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente el derecho que emana de la convención”¹⁹¹.

Por su parte, la doctrina no desconoce tal atributo. En efecto, se ha definido al beneficiario como “una persona ajena al contrato, que en su virtud adquiere un derecho, que sólo ella puede exigir”¹⁹².

El profesor Luis Claro Solar, sostiene que “para la validez de la estipulación en favor de otro no se requiere capacidad en el beneficiario porque no es él quien contrata”¹⁹³.

A su vez, las palabras de Héctor Tosar - Estados, son meridianamente claras al señalar que “ante todo, se ve que en estos contratos se mencionan

¹⁹⁰ Corte de Apelaciones de Talca, 29 de diciembre 1922. Gaceta de los Tribunales, 1922, 2° sem., N° 255, 1088p.

¹⁹¹ Corte Suprema, 28 de abril de 2009, rol N° 6.895-2007, caratulado “Aseo Industrial Technoclean Chile Limitada con Lefersa S.A.”.

¹⁹² RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 10p.

¹⁹³ CLARO S., Luis. 1937. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago, Imprenta Nacimiento, t. XI. 432p.

[...] tres personas, o mejor dicho, tres partes distintas: una parte que promete una prestación a un ausente; una parte que estipula o a quien promete esa prestación; y la parte ausente, o sea, aquella en cuyo favor es prometida la prestación. La primera parte de las enunciadas se llama promitente; la segunda, recibe el nombre de promisario; y la otra, se llama, sencillamente tercero. Como se ha dicho, ésta no interviene de un modo activo en el contrato. Es, solamente, el objeto principal o secundario del mismo”¹⁹⁴. Finalmente agrega que “en la estipulación para otro, aunque se menciona a un tercero, sólo hay dos partes: estipulante y promitente”¹⁹⁵.

También se ha afirmado que “en la teoría de la creación directa del derecho debe, necesariamente, concluirse que el beneficiario es un tercero extraño a la convención celebrada entre estipulante y prometente, ya que son sólo los efectos de la estipulación los que se radican inmediatamente en su patrimonio y ni aun después que otorga su aceptación pasa a ser parte, porque para esta teoría la aceptación sólo es un requisito de exigibilidad del derecho”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ TOSAR-ESTADES, Héctor. 2010. Estipulación para otro (i). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Chile, Director Raúl Tavolari Oliveros, tomo I. 282p.

¹⁹⁵ TOSAR-ESTADES, Héctor. 2010. Estipulación para otro (ii). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Chile, Director Raúl Tavolari Oliveros, tomo I. 296p.

¹⁹⁶ MOLINA P., Marcia; FRIAS M., Rodrigo y GAY S., André. 1995. La Estipulación por Otro: Comentarios y Aportes a una discusión. Revista de Derecho de Valdivia (6): 123-135pp.

Por último, Baltazar Guajardo Carrasco, refiriéndose al beneficiario dice que éste “se caracteriza porque no ha tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato; el contrato se ha celebrado exclusivamente entre el estipulante y promitente”¹⁹⁷.

De este modo, existe unanimidad de opiniones en cuanto a que la adopción de esta tesis supone que las partes contratantes son únicamente el estipulante y el promitente, reduciendo el papel del beneficiario a la de un tercero extraño a dicha relación contractual, aunque reconociendo que de esta relación de cobertura, nace directamente en su favor el derecho para exigir el cumplimiento respecto del promitente¹⁹⁸.

Extrapolando esta característica al ámbito sanatorial, significa calificar al paciente como tercero de las relaciones médicas, posición que descalifica el interés del paciente-beneficiario en el negocio jurídico, pues lo vuelve un actor secundario pese a ser el principal interesado en que se cumpla el servicio comprometido.

Cabe preguntarse, ¿es realmente el paciente un extraño a la relación jurídica por la cual obtiene la prestación de un servicio médico que requiere?

¹⁹⁷ GUAJARDO, Baltazar. Ob. cit. (2002), 43p.

¹⁹⁸ Esta afirmación supone la adscripción de la teoría de la creación o adquisición directa del derecho en el patrimonio del beneficiario, en desmedro de otras que explican la naturaleza jurídica del instituto en análisis, como la teoría de la oferta, de la gestión de negocios ajenos o aquella de la declaración unilateral de voluntad. Para una profundización en la explicación de estas teorías, véase: LÓPEZ S., Jorge. Ob. cit. (2010), 300-303pp.

¿Puede calificarse como tercero a aquel que paga un precio por la prestación de dicho servicio? La posición en que se sitúa al paciente, ¿no lo coloca en una situación desmejorada frente a aquella que lo califica como parte y contratante respecto del facultativo independiente y el sanatorio?

Las respuestas a estas interrogantes hacen que la conclusión sea ineludible: el modelo de estipulación por otro no se aviene a la realidad sanatorial, pues el paciente no puede ser calificado como un tercero ajeno a la relación jurídica en la que tiene un papel central. La aplicación de la fórmula tripartita redundaría en que el paciente es rebajado de su posición de parte y se le sitúa como un tercero ajeno que, en virtud de efectos excepcionales de esta institución, se aprovecha de beneficios de un contrato que le es ajeno o extraño¹⁹⁹.

No es ésta la verdadera situación en que se encuentra el paciente en las prestaciones médicas. Su papel, lejos de ser accesorio en el desenvolvimiento en el acto médico, es esencial y primordial, pues es su voluntad la que hace

¹⁹⁹ En contra de considerar al beneficiario como un tercero ajeno a la relación contractual, se encuentra el profesor Avelino León Hurtado, quien indica que aun cuando el beneficiario no es contratante debe considerarse que es una de las partes, por el hecho de que se radican directamente en su patrimonio todos los beneficios de la estipulación. LEÓN H., Avelino. 1990. *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 231p. También el autor Guillermo Atria, quien afirma que el beneficiario no es un tercero extraño, dada la relación especial que existe entre éste y el contrato, que, sin ser parte en él, es su elemento. ATRIA, Guillermo. 1936. *De la Estipulación en Provecho de Tercero*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 47p, citado por SALAS N., Héctor. 1941. *La Estipulación por otro*. Concepción, Salesiana. 70p.

nacer un contrato con la clínica y el médico independiente que lo intervienen, por medio del cual obtiene la prestación de un servicio médico en su favor, lo que impide acoger esta concepción teórica para explicar la realidad en análisis.

ii. La primacía de la relación de cobertura.

En la institución de la estipulación en favor de tercero se generan dos relaciones distintas estrechamente vinculadas entre sí: por una parte, la relación de cobertura que liga al estipulante con el promitente, en la cual se estipula en favor del beneficiario; por la otra, la relación valuta, que es eventual y subyacente a la de cobertura, la cual liga al estipulante con el beneficiario.

El nacimiento del derecho directamente en el patrimonio del beneficiario se encuentra en la relación de cobertura, es ésta la relación indispensable para configurar las consecuencias jurídicas excepcionales que se atribuyen a la estipulación en favor de otro, y no aquella eventual en la que el paciente interviene.

Traduciéndolo al ámbito médico y, si diéramos por cierto que este modelo es el que explica la relación triangular médica, tendríamos que la relación entre el profesional médico y el nosocomio sería la primordial para explicar las consecuencias jurídicas que se generan en favor del paciente, desplazando al paciente a un papel secundario.

Sin embargo, el contrato principal no es – ni puede ser – la relación entre el galeno independiente y el sanatorio, sino, que como resulta evidente, es aquella en que el paciente se obliga a pagar el precio a cambio de la prestación de un servicio médico y aquellos que le son anexos. Como razona elocuentemente el profesor Ricardo Lorenzetti, “el contrato principal es el celebrado entre el paciente y la clínica, [...] y no a la inversa como ocurriría en la estipulación del artículo 504”²⁰⁰.

El paciente debe ser el protagonista de la relación médica por el cual se generan derechos en su favor y no un extraño a dicha relación obligacional, de modo que la tesis tripartita al hacer primar la relación de cobertura, desconoce el papel de éste, lo cual no se condice con la realidad médica contemporánea, en la que el lugar que ocupa el paciente es fundamental de cara al funcionamiento del sistema.

iii. La estipulación en favor de tercero como un acto jurídico gratuito.

En la estipulación en favor de otro, el beneficiario no está sujeto al cumplimiento de obligaciones, ni antes ni después de su aceptación, por lo que la aplicación de esta figura exige que la prestación recibida sea a consecuencia de un acto jurídico gratuito del estipulante en favor de este tercero. En otros

²⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 160p.

términos, el derecho es un beneficio que arranca de la relación de cobertura entre el estipulante y promitente, crédito que se radica directamente en el tercero, sin contraprestación alguna.

Si la estipulación en favor de otro se encontrare establecida en un contrato bilateral, las obligaciones nacidas de ese acuerdo de voluntades sólo lo serían para el estipulante y el promitente, jamás para el beneficiario, ni aún después de prestar su aceptación²⁰¹ .

El autor Tosar-Estades, comparando la representación con la estipulación a favor de otro, señala con lucidez que “siendo representante legal el estipulante, claro es que puede obligarse y adquirir derechos por y para el tercero, dentro de los límites de sus atribuciones, en cada caso. Pero, obrando el estipulante por propio derecho, sólo puede producir derechos a favor de un tercero; jamás podrá obligar a éste, por su sola voluntad, pues nadie, por su capricho, puede perjudicar a otro, ni en su patrimonio, ni en su libertad”²⁰². Agrega que, “es indudable que a nadie es lícito perjudicar a otro con gravámenes sólo por su voluntad; mientras que todos tienen derecho de hacer un beneficio a cualquier persona, salvo el derecho que ésta tiene también de no aceptarlo”²⁰³.

²⁰¹ RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 11p.

²⁰² TOSAR-ESTADES, Héctor. Ob. cit. (2010a), 282p.

²⁰³ TOSAR-ESTADES, Héctor. Ob. cit. (2010b), 296p.

La jurisprudencia nacional ha reconocido también que la estipulación en favor de terceros sólo genera derechos en favor del tercero. Así, la Corte Suprema, el día 26 de agosto de 2008, se pronunció en tal sentido²⁰⁴, señalando que “la estipulación a favor de otro es un contrato en que la parte llamada estipulante contrata directamente con otra, denominada promitente para que los aspectos favorables de la convención se radiquen definitivamente en el patrimonio de un interesado, al que se llama beneficiario, quien los acepta para sí. Se puede constatar que existen dos partes en el contrato, quienes verán afectados sus patrimonios de diversas forma, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente los derechos, de modo que el promitente se compromete a favor de este tercero, persona que será su acreedor”²⁰⁵.

Entonces, la principal peculiaridad de la estipulación en favor de otro es que constituye una excepción al efecto relativo de los contratos, por cuanto nace un derecho en un patrimonio ajeno al de los contratantes, mas no genera

²⁰⁴ En términos similares, el fallo de la Corte Suprema de 28 de abril de 2009, que sentenció: “[...] el estipulante contrata directamente con el promitente para que los aspectos favorables de la convención se radiquen en forma definitiva en el patrimonio del beneficiario, quien los acepta para sí. Así, existen dos partes en el contrato quienes verán afectados sus patrimonios de diversas formas, pero los efectos favorables se radicarán en un tercero, quien adquiere directamente el derecho que emana de la convención, de modo que el promitente se compromete a favor de este tercero, persona que será su acreedor una vez que medie su aceptación. [...] el beneficiario únicamente adquiere la calidad de tal, esto es, de acreedor del derecho que tiene su fuente en el contrato y no asume obligación alguna, es decir, no es deudor del estipulante ni del promitente”. Corte Suprema, 28 de abril de 2009, rol N° 6.895-2007, caratulado “Aseo Industrial Technoclean Chile Limitada con Lefersa S.A.”.

²⁰⁵ Corte Suprema, 26 de agosto de 2008, rol N° 2.658-2007, caratulado “García Zúñiga Humberto con Jiménez Jiménez María Raquel”.

gravámenes para éste, pues significaría la posibilidad de perjudicar el patrimonio ajeno sin voluntad de quien asume la carga. Esto explica el origen de la voz “beneficiario” que se utiliza en este instituto, pues éste sólo aprovecha la prestación que realiza el promitente en virtud de un acto gracioso realizado por el estipulante. Las únicas obligaciones o cargas que se generan a partir de la estipulación las asumen el estipulante y el promitente en virtud del contrato de cobertura.

Esta característica, como es fácilmente advertible, no se ajusta con el esquema de prestación de servicios médicos en las instituciones de salud por parte de galenos independientes, lo que se demuestra al contestar las siguientes preguntas: ¿acaso el paciente no debe cumplir con ninguna obligación al internarse en las dependencias del centro de salud para que se le practique una intervención quirúrgica? ¿Cuál es la fuente de la obligación del paciente de pagar el precio por la ejecución de los servicios médicos en virtud de la dinámica del modelo tripartito? Aunque parezca una obviedad decirlo, el paciente, así como adquiere un crédito en favor del establecimiento de salud y del galeno independiente, también toma la posición de deudor respecto al pago de un precio por los servicios que recibe, lo que excluye la posición que levanta al paciente como un beneficiario de una estipulación pactada entre el sanatorio y el galeno.

Es que, como bien advertían Jorge Mosset Iturraspe²⁰⁶ y Ricardo Lorenzetti²⁰⁷, en sus obras dedicadas a la materia, el derecho de asistencia médica no puede derivar al mismo tiempo de un beneficio nacido de la relación de cobertura entre estipulante y promitente y de una contraprestación que se origina de la relación estipulante y beneficiario, pues ello constituiría un contrasentido normativo insalvable.

En definitiva, la relación sanatorial que vincula al paciente con el establecimiento de salud y el galeno independiente no es gratuita, sino que es onerosa, y como tal, lo distancia de la institución de la estipulación en favor de un tercero, que basa su funcionamiento en un acto gracioso del estipulante en favor del beneficiario quien queda liberado de toda carga respecto de promitente y promisorio.

iv. La privación del paciente de la acción resolutoria.

Como se apuntó *ex ante*, el modelo tripartito califica al paciente como un tercero ajeno de la relación contractual de cobertura, fuente de la cual emana el derecho a exigir la prestación del servicio médico. Como natural consecuencia de esta concepción, es que el paciente en cuanto tercero-beneficiario, carecería de acción resolutoria frente a eventuales incumplimientos de la prestación

²⁰⁶ MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 111p.

²⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 160p.

sanitaria del promitente (sea ésta de la clínica o el médico independiente), pues dicha acción es privativa a las partes contratantes y como al paciente, según esta concepción, es calificado como tercero, le está vedado su ejercicio.

A tal efecto se refiere René Ramos Pazos, indicando que “al no ser el beneficiario parte del contrato, no tiene interés en demandar la resolución y sin interés, no hay acción”²⁰⁸. La misma posición aduce Carlo Cofré Meza, quien afirma que el paciente beneficiario no puede ejercitar la acción resolutoria por cuanto esta acción sólo pertenece a las partes contratantes²⁰⁹.

De esta forma, este modelo deja en una posición desventajosa al paciente, pues se le priva de uno de los principales remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones, lo que fuerza a concluir que no encaja con la dinámica médica, ya que lejos de ser una posición que proteja los derechos de la parte más débil en la relación jurídica sanatorial, se le perjudica al impedir resolver una relación jurídica obligacional con el deudor incumplidor.

Es imprescindible, para configurar un modelo que cautele adecuadamente los derechos del paciente, que éste sea considerado como parte del contrato, que, por lo demás, aparece como natural del interés del paciente en que se preste el servicio médico. De ser considerado parte del

²⁰⁸ RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 11p.

²⁰⁹ COFRÉ M., Carlo. Ob. cit. (2010), 324p.

contrato, puede valerse tanto de la acción de cumplimiento específico²¹⁰, como de la acción resolutoria, ambas con indemnización de perjuicios, respecto de todos aquellos deudores incumplidores de la prestación médica, salvaguardando adecuadamente su indemnidad frente a perjuicios que se le ocasionen.

v. La privación de remedios contractuales del promitente en contra del beneficiario.

Otra implicancia práctica de calificar al paciente como un tercero a la relación de cobertura de la cual emana el derecho a recibir la prestación médica, es que el promitente – sea el galeno independiente o el establecimiento de salud – carece de las acciones de cumplimiento forzado o de resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, en contra del paciente beneficiario, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1489 del Código Civil.

En efecto, según esta postura, el contrato de cobertura liga únicamente al estipulante con el promitente, siendo el beneficiario un simple espectador que gratuitamente se ve favorecido por la prestación del promitente. Al ser el beneficiario un tercero ajeno al contrato, ninguna acción le cabe al prestador del

²¹⁰ Nomenclatura que asimila de mejor forma la cuestión sustantiva de reclamar lo debido que se encuentra detrás de la pretensión de cumplimiento, dejando de lado el ámbito procesal y de realización de bienes para el pago equivalente a lo debido. PIZARRO W., Carlos. 2014. Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 1 (21): 205-206pp.

servicio en contra del beneficiario, pues las acciones a las que se refiere el artículo 1489 del Código Civil sólo puede ejercerlas el contratante diligente en contra de aquél incumplidor, de modo que al carecer el beneficiario de ese atributo se hace imposible impetrar esas acciones.

En principio, la ausencia de estos remedios contractuales, no debiera ser obstáculo para la comprensión de esta dinámica, puesto que para esta teoría el beneficiario no está gravado con prestación alguna, por lo que malamente podrá estar en situación de incumplir. Sin embargo, como se ha anotado, en una relación medical si existe la obligación del paciente de pagar un precio para recibir el servicio, lo que hace necesario que el promitente este premunido de las acciones judiciales para ver reparado su interés, en caso que se lesione.

Ciertamente la ausencia de estos remedios contractuales para el promitente, tampoco responde a los términos en que se desenvuelve la relación jurídica sanatorial, siendo esta tesis no sólo perjudicial para el paciente, sino también para quien presta el servicio médico en calidad de promitente.

vi. Contradictorios efectos de la excepción de contrato no cumplido del promitente.

El paciente, como se ha dicho, es ajeno al contrato entre el estipulante y promitente, aunque de éste nace un derecho que se radica en el patrimonio del

beneficiario, el cual podrá exigirlo compulsivamente en contra del promitente incumplidor, una vez aceptada la estipulación en su favor, de conformidad al artículo 1449 del Código Civil.

Para el caso en que el beneficiario ejerciera la acción de cumplimiento forzado, al promitente le está vedado oponer la excepción de contrato no cumplido por eventuales incumplimientos de este beneficiario, puesto que, según esta tesis, el paciente es un tercero que no asume carga alguna y malamente entonces podrá imputársele incumplimientos que faculden a no cumplir por su parte la obligación comprometida. Se explica esta consecuencia desde que, siguiendo la línea argumental de este modelo, el beneficiario no asumiría obligación alguna, por lo que no concurriría el presupuesto de estar ante un contrato bilateral, esencial para la procedencia de este instituto²¹¹.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, no es efectivo que el paciente este exento de alguna obligación y, en consecuencia, resulta errado privar al promitente de una excepción eficaz para la protección de su patrimonio.

Sin embargo, ahondando más en contradicciones, el promitente si podrá oponer en contra del beneficiario que ejerza una acción de cumplimiento forzado, la excepción de contrato no cumplido por incumplimientos del estipulante en el contrato de cobertura, ya que éste si tiene la calidad de parte

²¹¹ Sobre los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos, en especial la excepción de contrato no cumplido, véase: LÓPEZ S., Jorge. Ob. cit. (2010), 494 y ss. pp.

del contrato del cual emana el nacimiento del derecho, efecto que deja en total incertidumbre la acción de cumplimiento forzado del beneficiario.

El autor Tosar-Estades, citando a Tartufari, señala que “siempre que la obligación del promitente a favor del tercero represente el correlativo de una prestación que previamente debe hacer el promisorio al promitente, y esta prestación no se lleve a efecto, el promitente puede, por regla general, oponer al tercero la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción por falta de cumplimiento del contrato)”²¹².

En definitiva, la operatoria del modelo tripartito impediría al promitente oponer la excepción de contrato no cumplido por incumplimientos del paciente y, asimismo, debilita enormemente la posición del paciente-beneficiario, pues hace depender el éxito de la acción de cumplimiento forzado que deduzca en contra del promitente, del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del estipulante en el contrato de cobertura.

Ambas consecuencias no responden a la dinámica que puede observarse en materia sanatorial, lo que fuerza a rechazar esta forma de modelar las relaciones que se generan, para aplicar un modelo que garantice de buena manera los derechos de los sujetos involucrados.

²¹² TOSAR-ESTADES, Héctor. Ob. cit. (2010b), 303p.

vii. La dependencia del derecho del beneficiario al contrato de cobertura.

El modelo basado en la estipulación en favor de tercero resulta bastante precario para el paciente-beneficiario, puesto que su derecho queda condicionado a la vigencia del contrato de cobertura entre el estipulante y promitente.

En efecto, si el contrato que vincula al galeno independiente y al establecimiento de salud se anula, se resuelve o se extingue de cualquier forma, trae aparejado consigo la extinción del derecho del beneficiario.

Esto resulta de la simple aplicación del principio general del derecho, resumido en la frase “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, pues si se extingue el contrato en que encuentra su fuente el derecho del beneficiario, éste sigue idéntico resultado.

Nótese que lo anterior, viene a ser nada más que consecuencia del hecho que la estipulación para otro no es un contrato en sí mismo, sino que se trata de la modalidad de un contrato, pues altera los efectos normales del mismo, confiriendo a un tercero ajeno al mismo la facultad para exigir el cumplimiento de un derecho que nace en el referido contrato²¹³.

²¹³ Sobre el particular, véase: RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 19p.

Así, por ejemplo, si el contrato de cobertura celebrado entre el estipulante y el promitente se resolviera como consecuencia del incumplimiento de alguna de estas partes, significaría la extinción del derecho del beneficiario.

Resulta evidente la precariedad en que se deja el derecho del paciente al explicar el desarrollo sanatorial mediante esta figura de la estipulación en favor de otro, puesto que el derecho del paciente para exigir al promitente las prestaciones necesarias para su recuperación, quedaría sujeta a las vicisitudes del contrato que la clínica celebra con el galeno independiente, lo que expone el crédito del paciente a contingencias que no son propias en un área tan sensible como la salud del paciente.

viii. El ánimo de la estipulación en favor de tercero.

Uno de los requisitos necesarios para que se configure la estipulación en favor de un tercero es que exista una intención compartida entre el estipulante y el promitente en estipular en favor del tercero²¹⁴.

Este “*animus*” exige que la ejecución de la prestación a que se obliga el promitente, tenga por objeto aprovechar al beneficiario, descartando que la finalidad sea favorecer al estipulante o al prometente y, sólo por repercusión, al beneficiario de la misma. Para decirlo de otro modo, para determinar que se

²¹⁴ RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 10p.

está frente a una válida estipulación en favor de un tercero, debe estarse a la intención de los contratantes al momento de determinar el contenido contractual; si la finalidad es engendrar un derecho que aproveche a un tercero, es una estipulación en favor de un tercero; por el contrario, si lo propuesto por las partes es obtener el beneficio del estipulante y sólo oblicuamente la utilidad del beneficiario, entonces no existe una verdadera estipulación en favor de otro.

Luis Claro Solar, decía al respecto que “si el estipulante celebra el contrato, buscando su propia utilidad, no hay estipulación en favor de otro”²¹⁵.

El modelo tripartito, busca explicar las relaciones sanatorias aplicando la institución de la estipulación en favor de otro, señalando que de un contrato de cobertura que celebra el profesional médico independiente y la institución de salud nacería el derecho del paciente para recibir las prestaciones médicas. Sin embargo, tal posición soslaya cuál sería el propósito perseguido por el estipulante y promitente al momento de celebrar dicho acuerdo de voluntades. En efecto, este contrato de colaboración u organizativo busca propiciar que el galeno denominado independiente pueda realizar intervenciones quirúrgicas y otros actos médicos en la clínica respectiva o que la institución sanatorial preste sus servicios a los pacientes que contraten con el médico independiente y que requieran de los servicios que prestan en sus dependencias y, tal efecto, sólo por repercusión beneficia a los pacientes que deciden ocurrir donde tal

²¹⁵ CLARO S., Luis. Ob. cit. (1939), 421p.

profesional médico para que recupere su salud, no configurándose, por tanto, el *animus* necesario para configurar una estipulación en favor de otro.

Así, es posible advertir que esta posición esquivada el verdadero propósito que existe entre el establecimiento de salud y el galeno a la hora de contratar, con el objeto de disfrazar bajo el esquema de una estipulación en favor de un tercero, una relación que no se ajusta a sus presupuestos esenciales. La ausencia del ánimo compartido de estipular en favor del paciente, impide encuadrar el supuesto de hecho en la institución legal en estudio.

ix. La existencia de un beneficiario indeterminado.

Es de la esencia de esta institución la existencia de tres intervinientes: estipulante, promitente y beneficiario. Sin embargo, al aplicar esta dinámica a la realidad sanatorial, sucede que al momento de celebrar el contrato de cobertura entre el estipulante y promitente, el beneficiario se encuentra indeterminado.

En efecto, los sostenedores del modelo tripartito afirman que al perfeccionarse el contrato de cobertura se favorece a un conjunto de beneficiarios futuros e indeterminados, comprendido por todos los pacientes que requieran del servicio del sanatorio o del galeno independiente, que a esa época son desconocidos y, aún más, a la sazón no requieren ningún servicio médico al encontrarse sanos.

La indeterminación del beneficiario y la validez de la estipulación en esas circunstancias, es una polémica inherente a la estipulación en favor de otro en general y no sólo en materia sanatorial, la cual ha sido ampliamente discutida por la dogmática jurídica²¹⁶, sin embargo, no por eso deja de existir una incongruencia en la aplicación de este sistema en materia médica.

El problema se centra en determinar la suerte que correría el derecho del beneficiario durante la pendencia de su determinación, pues la teoría que explica la radicación del derecho en el beneficiario es la denominada de creación directa del derecho en el beneficiario, que postula que la estipulación hace nacer *ab initio* un crédito en beneficio del tercero, sin que sea necesario para adquirirlo la aceptación expresa o tácita de éste. En otros términos, según lo explica Baudry- Lacantinerie, el crédito del derecho nace directamente del contrato en que no ha sido parte, y si rehúsa a aceptarlo, no hace más que

²¹⁶ Se ha afirmado sobre el punto que, “se puede estipular favor [sic] de una persona indeterminada a condición de que dicha persona pueda ser individualizada en el momento en que el contrato deba producir sus efectos; ej.: Pedro estipula con Juan que deberá éste regalar mil pesos al vencedor de una carrera, que se verificará en dos días más. En este caso la estipulación es válida porque, si bien es verdad que en el momento de celebrarse el contrato la persona del beneficiario es indeterminada, no lo es menos que dejará de serlo en el momento en que el contrato deba producir sus efectos. En el ejemplo propuesto, el día en que se corra la carrera”. Se abona que “en la Ley de Accidentes del Trabajo promulgada el 8 de Septiembre de 1924 (art. 21) encontramos un ejemplo interesante de estipulación por otro a favor de personas indeterminadas, que presenta la particularidad de que el beneficiario no es una persona única, sino un grupo de personas cuya composición es esencialmente variable. Es el caso de los seguros que todo patrón debe contratar a favor de sus obreros para cumplir con las obligaciones de asistencia e indemnización que le impone la Ley en referencia. En este caso son beneficiarios del seguro todos los obreros que trabajan en la fábrica, aunque se cambien constantemente, y la determinación tiene lugar en el momento de producirse el accidente, fecha precisa en que debe cumplirse el contrato”. COFRÉ M., Carlo. Ob. cit. (2010), 324p.

despojarse de un derecho ya adquirido, de un derecho que ya había entrado a su patrimonio²¹⁷.

De esta manera, si se crea inmediatamente con la estipulación el derecho a favor de un tercero que no existe a la época de dicho pacto, ¿cuál es el destino del referido derecho mientras el beneficiario no existe? El derecho claramente no se encuentra en el patrimonio del promisorio, pues afirmar lo anterior significaría reconocer teorías abandonadas como aquella de la oferta o la de gestión de negocios²¹⁸. Y tampoco, obviamente, se encuentra en el patrimonio del promitente, quien es el deudor de dicho crédito.

De este modo, al engendrarse el derecho en el momento mismo en que se estipula respecto de un beneficiario indeterminado, el derecho quedaría radicado en un patrimonio sin titular, lo que no se aviene a las reglas generales que inspiran el Derecho de las Obligaciones. Desde otro prisma, existiría un derecho sin acreedor y sin patrimonio en el cual radicarse, lo que pugna con las reglas más básicas de la lógica jurídica.

Tales consideraciones hacen inconveniente asumir esta posición para explicar la relación que se genera en el ámbito sanatorial, en donde el derecho a recibir la prestación médica nace directamente al momento de que el paciente

²¹⁷ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. 1897. *Traite théorique et pratique de droit civil, Des obligations*. Paris, Sirey, t. XII. 209p.

²¹⁸ Ramos Pazos, refiriéndose a esta cuestión, señala que “en ningún momento el estipulante es acreedor; el único acreedor desde el principio es el beneficiario”. RAMOS P., René. Ob. cit. (1993), 18p.

requiere de los agentes sanitarios la prestación del servicio médico celebrando el respectivo contrato, y no antes, evitando, de ese modo, el particular panorama de indeterminación al que se ha hecho referencia.

x. La eventual irresponsabilidad del estipulante.

Finalmente, algunos autores han destacado también que una de las más importantes consecuencias de la aplicación de esta tesis de la estipulación en favor de terceros en materia médica, radica en que conduce, en ciertas circunstancias, a la irresponsabilidad del estipulante por daños que se generan al beneficiario.

En efecto, de conformidad al artículo 1449 del Código Civil el beneficiario no tiene acción directa en contra del estipulante o promisorio, sino únicamente la de cumplimiento específico en contra del promitente, lo que redundará en situarlo en una esfera de absoluta irresponsabilidad frente al primero²¹⁹.

²¹⁹ Alguna doctrina refuta diciendo que conjuntamente a la estipulación a favor del tercero, se impone como carga del estipulante una obligación de seguridad accesoria en favor del paciente-beneficiario. Ello permitiría al paciente contar con una acción para dirigirse directamente en contra del estipulante. Véase: ACOSTA R., Vicente. Ob. cit. (1990), 210p.; BUERES, Alberto. Ob. cit. (1981), 26p. y BUSTAMANTE A., Jorge. Ob. cit. (1972), 395p. Además, podrá argumentarse que el beneficiario celebra con el estipulante un contrato distinto por el cual se obliga con el primero a prestar un servicio. Sin embargo, ambas posiciones significan reconocer que el instituto de la estipulación en favor de tercero es insuficiente por sí solo para explicar la relación medical.

La autora María Teresa Alonso, por ejemplo, ha destacado precisamente este efecto para descartar la aplicación de este modelo en materia sanatorial, señalando que “de acuerdo a la estructura propia de la estipulación por otro, el paciente sólo podría exigir el cumplimiento de la prestación en contra del promitente, en este caso el médico, lo que supondría la irresponsabilidad del estipulante: el centro asistencial”²²⁰.

A la misma conclusión arriba el profesor Mosset Iturraspe cuando sostiene que el resultado lógico de la tesis del contrato en favor de tercero “[...] es limitar la obligación que el sanatorio contrae, como contrapartida del pago del abono, a la atención del paciente ‘por profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina o de la especialidad correspondiente’. No es lógico, afirma Belluscio, a *contrario sensum* que el sanatorio, que es parte en la relación ‘de cobertura’ y no en la relación y acción directa, se obligue también al cumplimiento regular de su tarea por parte de los médicos. Lo cual quiere decir, en buen romance, que la tesis del contrato en favor de tercero conduce a la irresponsabilidad del sanatorio u hospital”²²¹.

Ciertamente, reflexionan estos autores, que una posición que impide al paciente dirigirse en contra del establecimiento de salud en su calidad de

²²⁰ ALONSO T., María Teresa. 2007. El problema de la concurrencia de responsabilidades. 2ª ed. Santiago, LegalPublishing. 315p.

²²¹ MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 113p.

estipulante²²², va en franco desmedro del paciente quien pierde a uno de los deudores principales de la obligación médica y que, bajo las nuevas fórmulas de la medicina contemporánea, tiene un papel fundamental en la prestación asociada o mancomunada de los servicios sanatoriales.

Son todas estas objeciones teóricas las que invitan a desechar este modelo dogmático para explicar las relaciones jurídicas triangulares que nacen en el ámbito sanatorial, pues su base es artificial, no responde a la realidad práctica de cómo se desenvuelve su ejercicio y, finalmente, opta por una fórmula que disocia los ámbitos obligacionales de los prestadores del servicio médico construyendo esquemas de responsabilidad distintos para el médico independiente y el centro asistencial, que incluso pueden culminar con la irresponsabilidad civil de este último cuando asume la calidad de promisorio.

2. El modelo atomista o individualista de responsabilidad civil.

A continuación, se examinará aquel modelo denominado atomista o individualista, partiendo con describir la forma en que los autores han recogido esta forma de explicar la relación entre prestador y prestatarios, incluyendo aquella versión de este modelo de carácter más moderado, con objeto de marcar su diferencia. Finalmente, se expondrá la razón principal por las que

²²² Salvo que se reconozca un contrato directo entre el estipulante y el beneficiario o la existencia de una obligación tácita de seguridad del estipulante al prestar estos servicios médicos.

debe descartarse aquella idea que levanta a los establecimientos clínicos como meras instituciones hoteleras, preparando, de tal modo, la base para el estudio de la tesis del modelo bipartito o del contrato médico integral.

a. El recogimiento de esta fórmula por los operadores jurídicos.

Dentro de las concepciones disociadoras, el segundo modelo que explica las relaciones del ámbito sanatorial es aquella tesis denominada atomista o individualista, la cual insta por la fragmentación de la responsabilidad civil de los agentes sanatoriales desintegrando el vínculo jurídico que los liga, configurando ámbitos prestacionales diferenciados entre los agentes de servicios sanatoriales. Postula que, por un lado, el médico independiente estaría obligado a ejecutar actos médicos y; por el otro, el establecimiento sanatorial restringiría su marco prestacional únicamente a los denominados actos extramédicos y paramédicos, complementarios al acto propiamente médico, levantándolo como una institución hotelera.

Nótese cómo aplicando este sistema teórico, un mismo negocio jurídico compuesto y plurilateral, termina dividido en tres contratos distintos que amparan tres relaciones jurídicas interindividuales diferentes: la primera, médico independiente-paciente; la segunda, sanatorio-paciente y; la tercera, galeno independiente-nosocomio. De este modo, una relación colectiva se disgrega

para tener tres vínculos aislados e interindividuales, permitiendo la aplicación de los esquemas que atomizan la responsabilidad de los prestatarios del servicio.

Son variados los autores nacionales y foráneos que defienden esta forma de estructurar la relación sanatorial, posicionando a la clínica como una institución hotelera.

El profesor Pedro Zelaya Etchegaray, por ejemplo, señala que “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 las extensión [sic] de las obligaciones para el hospital dependerá de la forma como se haya generado el ingreso del paciente al recinto hospitalario”²²³.

Siguiendo la misma línea, el autor Baltazar Guajardo Carrasco, comenta que, se “[...] tiende a distinguir dos tipos de contrato de servicios hospitalarios: a) ‘el contrato desdoblado de asistencia en hospital o clínica’, donde el paciente concierta dos contratos: uno con el médico, para el diagnóstico y tratamiento, y otro con el hospital, para el alojamiento y atención de carácter hotelero, y b) ‘el

²²³ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (2003), 190-191pp.

contrato total del hospital', donde además del alojamiento y cuidados, se facilita el alojamiento, manutención, calefacción y otros servicios similares”²²⁴.

Comparte esta opinión, Álvaro Vidal Olivares, quien afirma que, en caso de relaciones trilaterales, en que el paciente contrata directamente con un profesional médico la prestación de servicios médico-quirúrgicos, el primero “celebra dos contratos: el primero con el médico, cuyo objeto es la prestación de servicios médicos; y el segundo, denominado en doctrina *‘contrato desdoblado de asistencia en hospital’*, que combina las prestaciones del contrato de hospitalización con obligaciones puramente médicas y con una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado [...]”²²⁵.

En la memoria de prueba de Ana Correa Escobar y Javier Valdivia Barría, también se hace referencia al contrato desdoblado de asistencia sanitaria, indicando que a través de éste “el hospital se obliga a suministrar servicios de carácter hotelero, donde a cambio de una contraprestación, se facilita el alojamiento, manutención, calefacción, alimentación y otros servicios similares”²²⁶.

²²⁴ GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 115p.

²²⁵ VIDAL O., Álvaro. Ob. cit. (2002), 176-177pp.

²²⁶ CORREA E., Ana y VALDIVIA, Barría. 2000. El contrato de servicios médicos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 233-234pp.

Por último, María Teresa Alonso también se decanta por la tesis atomista, señalando que “[...] el vínculo entre paciente, médico y centro asistencial se presenta de diferentes formas. Así, el paciente podrá contratar los servicios sanitarios con un médico, mientras que con el centro asistencial sólo prestaciones de simple alojamiento; es decir, de hotelería y hospedaje, incluidos ciertos servicios paramédicos, o bien, podrá dirigirse directamente al centro hospitalario, para que le presente una asistencia sanitaria completa; es decir, un tratamiento médico propiamente tal”²²⁷.

Como puede apreciarse, los autores nacionales citados, en aquellos casos en que la relación sanatorial se complejiza e introduce a varios prestadores de servicios médicos, descompone la relación jurídica con el objeto que, en vez de estructurar una relación compleja que vincule al paciente con ambos agentes sanitarios de manera conjunta, componga dos o más relaciones interindividuales con cada uno de estos prestadores, asignándoles a cada uno de ellos una parte acotada del servicio de salud, lo cual permite asumir modelos teóricos que atomizan la responsabilidad civil de los deudores.

La literatura extranjera no es la excepción al reconocimiento de este fenómeno. En efecto, en Argentina los académicos Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa representan señeramente el sentir de la fórmula en análisis, señalando que “ante todo puede darse el caso de que el o los cirujanos

²²⁷ ALONSO T., María Teresa. Ob. cit. (2007), 312p.

que van a intervenir quirúrgicamente a un paciente no sean médicos del establecimiento en donde vayan a operar, limitándose éste al arrendamiento del quirófano y a prestar el servicio asistencial postoperatorio requerido por aquéllos facultativos. Y algo parecido sucede cuando se trata de médicos que atienden sus consultas en dependencias de un establecimiento sanatorial, que les arrienda el espacio físico para su consultorio, con o sin el instrumental necesario, y hasta puede brindarles también la colaboración de personal administrativo o paramédico, etc. [...] En tales casos se produce en rigor un desdoblamiento del contrato, que obliga a determinar si la prestación defectuosa proviene del profesional o de la clínica, para así imponer la respectiva responsabilidad [...]”²²⁸.

Precisando cuál es la función de los sanatorios en estos casos, señalan que “puede aportar, especialmente cuando se trata de intervenciones quirúrgicas: alojamiento, alimentación, medicamentos, otras comodidades (televisor, cama para el acompañante, etc.), por los que cobra un precio, amén de asistencia técnica de sus enfermeros y otro personal médico y paramédico; o sea que también se formaliza con el paciente un verdadero contrato de internación, que se aproxima a la locación de obra o es en todo caso innominado”²²⁹.

²²⁸ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 544-545pp.

²²⁹ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 545p.

El mismo Marcelo López Meza, en una obra posterior, refuerza la idea precedente, al decir que “el paciente concluye con la clínica un ‘contrato hospitalario ampliado’ escindible al menos en tres contratos que lo componen necesariamente: un contrato de hotelería, un contrato de seguridad o cuidado y un contrato de atención médica. El sanatorio o empresa de salud celebra un atípico y complejo contrato de ‘clínica o de hospitalización’ con el paciente, dentro del que cabe abarcar la prestación de distintas especies de servicios, según la concreta modalidad que se haya convenido, incluyendo, en todo caso, servicios denominados extramédicos – que nada tienen que ver, directa o indirectamente, con la medicina, como son los relativos al hospedaje y alojamiento –, junto con los llamados asistenciales o paramédicos (por ej., la administración de los fármacos prescritos, la vigilancia y seguridad del paciente, etc., que, normalmente, no son realizados de manera personal por los facultativos y sí por otros profesionales sanitarios), pudiendo comprenderse, además, actuaciones estrictamente médicas o no, en atención a si el paciente contrata también con la propia clínica tales actos médicos a realizar por los facultativos que dependan profesionalmente es esta última o, por el contrario, ha optado por escoger libremente a un médico ajeno a la clínica en cuestión”²³⁰.

El trasandino Carlos Calvo Costa, por su parte, comenta que un paciente puede elegir en someterse a los cuidados de un profesional determinado para

²³⁰ LÓPEZ M., Marcelo – BELLO J., Domingo – CESANO, José – LE TOURNEAU, Philippe – SANTOS B., Jorge. 2007. Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria. Buenos Aires, Ubijus. 231p.

que le brinde la atención médica y determinar que esta prestación se lleve a cabo en un sanatorio que le resulta de su agrado, caso en el cual “el paciente celebra dos negocios jurídicos bien diferenciados uno del otro: a. uno referido al de cuidados médicos puros (servicio de salud), el que es asumido enteramente por el profesional de la medicina; y b. otro de hostelería, que es asumido por el ente asistencial, por el cual éste se compromete a brindar al paciente todo aquello atinente al alojamiento e internación, suministro de medicamentos, instrumental, servicio de enfermería, etc.”²³¹.

Asimismo, Roberto Vázquez Ferreyra denomina a los actos ejecutados por las clínicas, cuando el acto médico es asumido por galenos independientes, como actos materiales o actos de funcionamiento, afirmando “que la cuestión poco difiere de la responsabilidad hotelera y sus afines”²³².

Esta distinción de prestaciones entre el médico y el sanatorio ha encontrado acogida en la judicatura argentina. Es así como, en el año 2004, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, acogió una excepción de falta de legitimación pasiva²³³ que alegó la institución sanatorial, precisamente por no ser parte del objeto de su contrato, la ejecución de actos médicos de los cuales habían derivado los daños al paciente.

²³¹ CALVO C., Carlos. 2012. Incorrecta invocación de la obligación de seguridad en la responsabilidad médica. Revista La Ley 2012-C, 607p.

²³² VÁZQUEZ F., Roberto. Ob. cit. (1996), 183p.

²³³ Típica forma que asume este modelo para eximir de responsabilidad civil al establecimiento sanatorial.

El caso trató sobre el fallecimiento de una menor ocurrida por el actuar negligente de la obstetra dependiente de una obra social codemandada y, por tanto, independiente del establecimiento sanatorial involucrado, al retrasar la aplicación del fórceps al momento del parto, pese a la existencia de una bradicardia fetal que impedía al feto respirar normalmente. En tal contexto, los actores – parientes de la menor fallecida – dedujeron demanda en contra de la obstetra, el Sanatorio Quintana S.A. y a la Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Horizontal. La institución sanatorial, de manera bastante similar al caso chileno, alegó que no se encontraba dentro de su ámbito obligacional el ejercicio de los actos médicos, los que serían de cargo únicamente del médico tratante.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al acoger la excepción de falta de legitimación pasiva, expresó que “[...] en contradicción con lo sostenido por la a quo, permite inferir que la asistencia médica de la co-actora se encontraba principalmente a cargo de la doctora T. – obstetra de la obra social demandada –, mientras que el Sanatorio Quintana, por su parte, sólo se encargaba de brindar lo que la doctrina ha denominado ‘servicios paramédicos’ – acciones preparatorias del acto médico y las posteriores a éste, llevadas a cabo por personal auxiliar que ejecuta órdenes del propio médico (suministrar suero, inyectar calmantes o antibióticos, controlar tensión arterial, etc.)- y ‘servicios extra-médicos’ – hotelería (alojamiento, manutención, etc.) – [...] si se infringe la obligación de ‘asistencia médica pura’ sólo será responsable el

médico, pues el contrato celebrado entre éste y el enfermo es *res inter alios acta* con respecto al ente asistencial, mientras que si el daño es ocasionado al asistirlo, se evade el acto médico puro, por lo que ello atañe a aspectos ‘extra’ o ‘paramédicos’ y la responsabilidad pesará sobre el sanatorio. [...] no se ha demostrado que el mismo [contrato con el Sanatorio Quintana S.A.] fuera incumplido, ya que el perjuicio sufrido no derivó de la deficiente atención y cuidado del paciente, del actuar negligente o imprudente de su personal o de un vicio existente en el material, equipos, instalaciones, medicamentos o alimentos suministrados a la parturienta, sino de la conducta de la obstetra que interviniera en el parto. [...] En consecuencia, como el sanatorio se liberaba de la obligación a su cargo brindado los servicios denominados ‘paramédicos’ y ‘extra-médicos’, el cumplimiento de los mismos impide consagrar su responsabilidad por el daño sufrido por la menor y sus padres”²³⁴.

Así, en este caso de la jurisprudencia argentina, se aplicó el modelo atomista a través de la figura de falta de legitimación pasiva del establecimiento sanatorial, al cual se le exoneró de responsabilidad civil por los daños que se ocasionaron a una menor mientras se le practicaba un acto médico, aduciendo que no se encontraba dentro de su ámbito prestacional la ejecución de este tipo

²³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 02 de junio de 2004, caratulado “Larrosa, Juan C. y otro c. Sanatorio Quintana S.A. y otros”, [en línea] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WRBT7gHfK8AJ:aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar/pluginfile.php/31012/mod_folder/content/0/Mala%2520praxis%2520m%25C3%25A9dica.%2520Relacion%2520de%2520causalidad.%2520Causa%2520y%2520condici%25C3%25B3n.%2520Larrosa_Juan_C._y_otro_c._Sanatorio_Quintana_S.A._y_otros.rtf%3Fforcedownload%3D1+&cd=6&hl=es-419&ct=clnk&gl=cl> [consulta: 29 de julio 2015].

de actos, impidiendo la irradiación de responsabilidad civil al disociar los acuerdos contractuales que se perfeccionaron.

La doctrina española, también ha optado por la tesis atomista para explicar las relaciones jurídicas trilaterales objeto de nuestro estudio. En efecto, entre los autores defensores de esta teoría se encuentran los destacados autores Fernández Hierro²³⁵ y Llamas Pombo²³⁶, quienes diferenciaron clases o tipos de actos ejecutados en una prestación médica (actos puramente médicos, actos paramédicos y actos extramédicos), los que han influido en el fortalecimiento de la tesis atomista, pues facilita la separación de prestaciones cuando se generan estas relaciones trilaterales.

Por su parte, Javier Fernández Costales ha comentado que las instituciones privadas de salud suministran dos tipos de prestaciones: asistencia facultativa o servicios médicos y prestaciones hoteleras o extramédicas²³⁷. En aquellos casos en que el sanatorio sólo presta estas últimas, sostiene que “debe de admitirse, con carácter de generalidad, que el paciente está ligado por contratos distintos; de un lado, con la clínica, y, de otro, con los médicos que intervengan en sus asistencia”²³⁸. Y, en este caso, la obligación de la clínica está limitada “a la prestación hotelera o de alojamiento y a otras prestaciones

²³⁵ FERNÁNDEZ H., José Manuel. 1983. Responsabilidad civil médico-sanitaria. Pamplona, Aranzadi. 174 y ss. pp.

²³⁶ LLAMAS P., Eugenio. Ob. cit. (1998), 308p.

²³⁷ FERNÁNDEZ C., Javier. Ob. cit. (1988), 229p. y FERNÁNDEZ C., Javier. 1987. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid, Editorial La Ley. 192p.

²³⁸ FERNÁNDEZ C., Javier. Ob. cit. (1988), 231p.

accesorias al tratamiento médico, en cuyo caso estaríamos en presencia del denominado contrato desdoblado de asistencia en hospital [...] en caso de incumplimiento ha de atenderse a si los daños provienen de la actuación de la institución hospitalaria o del médico, para imponer la respectiva responsabilidad [...]”²³⁹.

Otro autor español que ha dedicado sus esfuerzos al estudio de esta materia, es Jaime Santos Briz, quien indica que la relación con el establecimiento sanatorial, puede definirse de dos formas: primero, como un “contrato total de hospital” cuando, además de alojamiento, se prestan servicios de atención médica; y, segundo, como un “contrato desdoblado de asistencia en hospital”, cuando el paciente celebra dos contratos distintos: uno con el médico para el tratamiento sanitario y otro con el hospital para efectos del alojamiento o prestaciones extramédicas²⁴⁰.

El académico francés, Gérard Mémeteau, sigue una senda similar al explicar las hipótesis bajo las cuales el enfermo se relaciona con la clínica. Reflexiona que, el paciente escoge primero a la clínica y allí recibe la atención asistencial por un galeno; o el paciente escoge primero al médico tratante, y es conducido a la clínica por este facultativo. En el primer caso, existiría un contrato global (*contrat global*), en cambio, en el segundo caso, habría dos

²³⁹ FERNÁNDEZ C., Javier. Ob. cit. (1988), 235p.

²⁴⁰ SANTOS B., Jaime. 1981. La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal. Madrid, Montecorbo. 715-716pp.

contratos juntos, pero distintos, en el que la obligación del establecimiento se refiere a prestaciones hoteleras²⁴¹.

La realidad norteamericana de comienzos y mediados del siglo XX, tampoco era la excepción²⁴². En efecto, como apunta el profesor Trotter Hardy, de forma consistente se negó la responsabilidad civil de los hospitales cuando un médico particular ocasionaba negligentemente un daño al paciente. Se sostenía que los sanatorios se comprometían únicamente a proporcionar facilidades para los galenos y pacientes, no teniendo obligaciones respecto al acto médico. Añade que, en esa época, los hospitales eran considerados como hoteles meramente especializados, sin proporcionar atención médica, que era de cargo de los contratistas independientes, citando una serie de fallos en tal sentido²⁴³.

²⁴¹ MÉMETEAU, Gérard. Ob. cit. (2001), 568-572pp.

²⁴² Como se verá, los criterios han mutado hacia el reconocimiento de la responsabilidad civil de las clínicas por daños de galenos independientes, utilizando, primordialmente, la teoría de la *Corporate Negligence*.

²⁴³ HARDY, Trotter. 1986. *When Doctrines Collide: Corporate Negligence and Respondeat Superior When Hospital Employees Fail To Speak Up*. [en línea]. *Faculty Publications. Paper 648*. 86-87pp. <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/648>>. [consulta: 15 de octubre 2015]. Entre los fallos en que se calificó a las clínicas como meros hoteles, se encuentran: "Alden v. Providence Hosp., 382 F.2d 163, 166 (D.C. Cir. 1967) (Burger, J., concurring in part and dissenting in part) (A hospital is "essentially a custodial institution."); Fiorentino v. Wenger, 19 N.Y.2d 407, 414, 227 N.E.2d 296, 299, 280 N.Y.S.2d 373, 378 (1967) (A hospital "serves the function only of a specialized facility, not a direct service healing institution."); Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp., 211 N.Y. 125, 130, 105 N.E. 92, 94 (1914) ("The hospital does not undertake to act through [physicians], but merely to procure them to act upon their own responsibility."); Steinert v. Brunswick Home, Inc., 172 Misc. 787, 790, 16 N.Y.S.2d 83, 85 (1939), aff'd, 259 A.D. 1018, 20 N.Y.S.2d 459 (1940) (A "hospital undertakes, not to heal or attempt to heal through the agency of others, but merely to supply others who

Como puede observarse, la tendencia nacional y extranjera que se ha citado, frente al empuje de las modernas tendencias empresariales en materia sanatorial, que han complejizado las relaciones al contar con múltiples agentes prestadores del servicio médico, es optar por un sistema que desmenuza la relación jurídica que los cobija, creando sub-relaciones interindividuales asociadas a porciones de la prestación general, lo que ha permitido imputar atomizadamente responsabilidad a los prestadores del servicio de salud y, en definitiva, fundar aquella posición de los establecimientos sanatoriales de irresponsabilidad civil frente a los daños causados en la ejecución de un acto médico provocado en sus dependencias, a que nos referimos en la primera parte de esta tesis.

Esta postura atomista, encuentra en el profesor Hugo Cárdenas Villarreal una variante que podría denominarse como “tesis atomista moderada”²⁴⁴, ya que respetando el principio base de contratos múltiples e independientes de los agentes sanatoriales con el paciente, agrega como elemento la conectividad contractual, para arribar a la conclusión de que entre todos los deudores se genera un fenómeno de corresponsabilidad sanatorial y, en consecuencia,

will heal or attempt to heal on their own responsibility.") (quoting *Bernstein v. Beth Israel Hosp.*, 236 N.Y. 268, 270, 140 N.E. 694, 695 (1923))”.

²⁴⁴ Dicha nomenclatura no es utilizada por el profesor Cárdenas, quien analiza sus fundamentos a propósito del paradigma integrado o modelo bipartito, sin perjuicio de lo cual sus postulados se asemejan más a una morigeración de la tesis atomista, puesto que el hablar de conectivismo contractual supone entender múltiples contratos, lo que no es propio de la tesis bipartita, sino que de aquella individualista. Para analizar los fundamentos del conectivismo contractual que aduce el profesor Cárdenas, véase: CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 678-683pp.

termina por hacer responsables a las instituciones clínicas por los actos negligentes de los médicos que se han denominado como independientes.

En efecto, este modelo sostiene que, estos contratos se encuentran imbricados recíprocamente y, por ende, al paciente le será inoponible una eventual defensa que pretenda exonerarse de responsabilidad civil por no estar dentro de su órbita el ejercicio de actos médicos. Se pregunta el profesor Cárdenas “¿Quién es responsable de quién? ¿La clínica del médico? ¿El médico de la clínica? Porque lo que está claro es que la prestación médica no la puede realizar el uno sin la otra; el médico no puede prestar sin valerse de la clínica, ni la clínica puede prestar sin valerse del médico. [...] entre la clínica y los llamados médicos independientes existen relaciones en orden a realizar una actividad que les trae beneficios recíprocos, ambos deben responder solidariamente ante los pacientes por todos los eventos adversos que ocurran dentro del quirófano”²⁴⁵.

En otros términos, existe una inseparabilidad de la prestación sanatorial, en atención a la finalidad común perseguida por el negocio, que hace que todos los contratos celebrados con el prestatario sean necesarios para llevar a cabo el negocio final, los que termina imbricándolos causalmente.

De este modo, pese a estructurar el modelo en base a contratos distintos e independientes (denominador común de los atomistas), la finalidad del

²⁴⁵ CÁRDENAS V., Hugo. Ob. cit. (2014), 682p.

negocio termina relacionándolos y permitiendo, por ende, que el paciente tenga acción directa en contra de la institución médica, evitando la irresponsabilidad civil de estos entes, como termina ocurriendo al adoptar la tesis atomista clásica.

Analizado cómo estructura la relación sanatorial este modelo, tanto en su versión clásica como moderada, en el título siguiente, se examinará críticamente aquella posición que levanta a los nosocomios como establecimientos hoteleros, situándolos en el lugar que verdaderamente les cabe por imperativo legal, esto es, ejecutando servicios médicos. Los demás argumentos para descartar la adopción de este modelo atomista, serán expuestos como una natural consecuencia del análisis de aquellos fundamentos que sustentan la fórmula teórica que parece más lógica y ajustada a la justicia para estructurar las relaciones sanatoriales y que solidifica la idea de que los sanatorios son civilmente responsables por los daños que ocasionan los médicos independientes en sus dependencias, esto es, al tratar el modelo bipartito o de contrato médico integral.

b. La inexistencia del contrato de hotelería clínica entre el sanatorio y el paciente.

La tesis atomista de responsabilidad civil, según se ha explicado, postula que, en los casos en que un paciente no contrata directamente a la clínica, sino

que introduce en la relación jurídica a un médico independiente, el ámbito prestacional de los sanatorios se encontraría acotado únicamente a aquellos actos que se han denominado como extramédicos y paramédicos, que son complementarios a los actos médicos que ejecutan los facultativos independientes a la institución de salud.

En base a esta interpretación jurídica, varios autores²⁴⁶ han sostenido que las clínicas serían verdaderas instituciones hoteleras con ciertos deberes especiales atendida la particular situación en que sus “huéspedes” ingresan a sus dependencias. No por nada, el jurista Vázquez Ferreyra comentaba respecto a la relación clínica-paciente que “la cuestión poco difiere de la responsabilidad hotelera y sus afines”²⁴⁷.

Pero, ¿pueden las instituciones sanatorias posicionarse como hoteles cuando los pacientes sufren daños en la ejecución de un acto médico? ¿El objeto propio de las instituciones hoteleras responde a aquella que prestan los establecimientos que se ocupan de la salud de las personas? ¿El marco regulatorio permitirá que las clínicas y hospitales se desliguen de aquella función que define su esencia? A primera vista pareciera que esta compatibilización clínica-hotel excede todo marco de racionalidad, atendida la especial función que los nosocomios desempeñan en el desenvolvimiento de la

²⁴⁶ Entre ellos: FERNÁNDEZ C., Javier. Ob. cit. (1988), 235p.; GUAJARDO C., Baltazar. Ob. cit. (2002), 115p.; CORREA E., Ana y VALDIVIA, Barría. Ob. cit. (2000), 233-234pp.

²⁴⁷ VÁZQUEZ F., Roberto. Ob. cit. (1996), 183p.

sociedad, sin embargo, se profundizará el análisis en aras de iluminar su comprensión.

La reciente Ley N° 20.724, publicada el 14 de febrero de 2014, entre algunas de sus modificaciones al Código Sanitario, reemplazó su Libro Sexto titulado “De los establecimientos del área de la salud”, definiendo a estos organismos, en su artículo 121, como “aquellas entidades públicas o privadas que realizan o contribuyen a la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas”.

En el mismo sentido, el inciso 1° del artículo 3° de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, la que entiende por prestador de salud a “toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud”.

Por último, el Decreto N° 161 de 1982 del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento de Hospitales y Clínicas, en su artículo 3° define a los hospitales como “el establecimiento que atienda a pacientes cuyo estado de salud requiere de atención profesional médica y de enfermería continua, organizado en servicios clínicos y unidades de apoyo diagnóstico y terapéutico diferenciados”. Agrega luego que “se entenderá por clínica el establecimiento

que preste dicha atención, sin disponer de servicios clínicos y unidades de apoyo diferenciados”²⁴⁸.

Es así como las nociones legales y reglamentaria de los establecimientos sanatoriales, giran en torno a las prestaciones que ejecutan a terceros, siempre referidas a servicios de salud y no a otras actividades como las hoteleras u otras anexas. Claramente la prestación del servicio médico dota de contenido a la institución sanatorial, lo que, pese a no prohibir la prestación de otros servicios, si se desprende que cualquier otra debe estar asociada a la prestación medical principal que lo define como tal. En otros términos, la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud constituye el elemento esencial que le brinda significación a los centros médicos, sin el cual el organismo degenera en uno diferente.

Ahondando en la forzosa naturaleza asistencial de la prestación que define la existencia de estas instituciones, el inciso 2° del artículo 121 del Código Sanitario dispone que los establecimientos de salud requerirán, para su instalación, ampliación, modificación o traslado, una autorización sanitaria de la Secretaría Regional Ministerial de Salud, para lo cual debe cumplir con una serie de requisitos técnicos establecidos en el Reglamento de Hospitales y Clínicas. Entre estos antecedentes necesarios para alcanzar la aprobación del

²⁴⁸ Es posible apreciar que esta normativa no distingue a las clínicas y hospitales en atención al carácter de público o privado de las mismas, como usualmente se utilizaba en este ámbito, sino que en atención al nivel de especificidad organizativa de las mismas. En este sentido opina María Josefina Tocornal. TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 50p.

establecimiento, que están enumerados en el artículo 7° del cuerpo infralegal ya citado, se encuentra determinar los “objetivos y campos de acción clínicos en que se desarrollará la actividad del establecimiento”. Estos campos delimitan la actividad que puede desplegar la institución, siendo necesariamente sanitarios y no de otra índole, sin perjuicio que puedan prestarse estos otros servicios como un complemento de la actividad principal de carácter medical.

Por su parte, el artículo 10 del citado reglamento dispone que, con posterioridad a obtener la aprobación del local, debe solicitarse la autorización de instalación, para lo cual se exige individualizar al médico cirujano que asumirá la responsabilidad técnica del establecimiento y, además, determinar los profesionales que conformarán la dotación estable de la misma. Tal dirección y responsabilidad técnica, impone al Director – en los términos del artículo 19 del Reglamento²⁴⁹ – velar por el adecuado funcionamiento de los

²⁴⁹ El artículo 19° del Reglamento de Hospitales y Clínicas reza: “El Director será responsable de todos los aspectos técnicos de la gestión del establecimiento y deberá velar por el adecuado funcionamiento de los equipos, instrumentos e instalaciones necesarias para la correcta atención de los pacientes, así como por la observancia de las normas y procedimientos respectivos, por parte de la dotación del establecimiento.

Corresponderá, además, al Director Técnico velar por:

- a) La ejecución de los tratamientos indicados por los profesionales tratantes;
- b) El registro de los datos y de la información bioestadística;
- c) Emitir las certificaciones de alcance médico sin perjuicio de las que otorguen los profesionales tratantes;
- d) El cumplimiento de las disposiciones sobre asepsia, antisepsia y demás normas técnicas aprobadas por el Ministerio de Salud con el objeto de prevenir infecciones intrahospitalarias;
- e) La supervisión de la higiene del personal y del establecimiento; y
- f) Las relaciones con la autoridad sanitaria”.

equipos, instrumentos e instalaciones necesarias para la correcta atención de los pacientes.

Estas condiciones regulatorias imponen que los servicios que ofrezcan y presten estas instituciones, digan relación a materias médicas, sin perjuicio de ejecutar otras que le sean anexas, como aquellas denominadas paramédicas o extramédicas.

Tan evidente es que una clínica no puede desligarse de la prestación de servicios médicos, que incluso si un nosocomio y un paciente explicitaran su deseo de limitar la prestación de los servicios de la primera a los aspectos meramente extramédicos y paramédicos, calificándose como una institución hotelera, esa voluntad sería intrascendente y carente de toda validez, puesto que el deber asistencial de las clínicas viene impuesto por su propia naturaleza y se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico dada la importancia de los bienes jurídicos involucrados.

Alguna doctrina nacional ha señalado que, “[...] el deber de actuar por parte de los establecimientos de salud puede encontrarse en un contrato pero, aunque no mediara contrato, este deber está en el ordenamiento jurídico como un todo, que reconoce su naturaleza asistencial de dichas instituciones y su deber de reparar a la víctima frente a un hecho ilícito. Para el nacimiento de la obligación asistencial del establecimiento de salud la existencia de un contrato

es accidental pues, aunque no existiera, igual nace su obligación de actuar diligente y en caso de incumplir esta obligación la de responder civilmente”²⁵⁰.

Para decirlo de otro modo, la obligación de prestar servicios sanatoriales es inalienable a su carácter de establecimiento clínico, de modo que no puede desprenderse de esas obligaciones para autocalificarse meramente como una institución hotelera, pues desdibuja el sentido que el ordenamiento jurídico le ha atribuido como órgano intermedio entre el Estado y los individuos.

La existencia de estas obligaciones de tipo sanitario es impuesta por ley al definir la naturaleza de sus funciones en sociedad, siendo el cumplimiento o incumplimiento materias de orden público, indisponibles por los contratantes. Se ha dicho que “las normas que regulan el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones sanitarias de estos establecimientos de salud son normas de orden público aplicables a establecimientos públicos y privados. Son de orden público porque los prestadores no pueden soslayarlas, ni aún con la voluntad de los beneficiarios de las normas”²⁵¹.

Entonces, si la ley entiende que son prestadores de salud aquellos que brindan prestaciones de ese tipo, no pueden ulteriormente estas instituciones soterrar aquello que define su esencia, sosteniendo que son una categoría de hotel de especiales características y que es civilmente irresponsable por los daños causados por actos médicos ejecutados por galenos independientes en

²⁵⁰ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 5p.

²⁵¹ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 51p.

sus dependencias, a pretexto que el verdadero obligado a tales prestaciones es únicamente el profesional a cargo de ejecutarlas.

Tal posición resulta similar a si dijésemos que las empresas aéreas no deben responder por los daños causados durante el vuelo a sus pasajeros, fundado en que el contrato de “abordaje” que vincula a éstos con la empresa aérea, sólo pretende otorgar un viaje placentero y agradable, con butacas cómodas y alimentación acorde al viaje que se realiza, siendo, por tanto, los perjuicios que se causan de responsabilidad del piloto a bordo y las azafatas que representarían el equipo que se hace cargo del vuelo. Tal opinión parecería como descabellada, cuestión fácilmente extrapolable a la materia objeto de la presente investigación.

En definitiva, la legislación nacional vigente descarta la posibilidad que las instituciones sanatorias se levanten como meras empresas hoteleras en sus relaciones jurídicas con el paciente. Su naturaleza y objeto se definen por ley, estando siempre asociadas a la prestación de servicios médicos y no al mero corretaje u hotelería médica. De este modo y, respondiendo a la pregunta planteada en un inicio, es incompatible a la naturaleza propia de una clínica u hospital limitar las obligaciones de un contrato con el paciente a los actos meramente extramédicos y/o paramédicos, debiendo necesariamente entroncar con la función medical que recibe el paciente, debiendo hacerse responsables por las consecuencias dañosas que se provoquen en su ejecución.

Capítulo Segundo. El modelo bipartito que converge hacia la responsabilidad civil de las clínicas por los daños que causan los llamados médicos “independientes”.

SUMARIO: 1. *Un primer paso. El fallo “Salazar Navarro con Clínica Reñaca”.* 2. *Argumentos para sustentar la tesis integral.* a. *En atención a la búsqueda de coherencia y unificación de regímenes de responsabilidad por daños sanatoriales.* i. *La necesaria coherencia entre la forma en que se presta el servicio y el modelo de responsabilidad civil por daños.* ii. *La adopción de esta tesis avanza hacia la uniformidad de criterios de atribución entre el ámbito público y privado, al acercar el criterio de la culpa a aquél de la falta de servicio.* iii. *La evolución hacia la vigorización de la responsabilidad civil institucional, simplifica el régimen y se aviene al modelo bipartito.* b. *En atención a la realidad de la operatividad sanatorial.* i. *Si la clínica se aprovecha de los beneficios de la actuación de los médicos independientes, también debe sufrir las desventajas de ese actuar.* ii. *La legítima confianza creada en los pacientes de que los servicios son prestados conjuntamente entre el sanatorio y el médico independiente.* c. *En atención a la naturaleza jurídica de la obligación sanatorial.* i. *La normativa legal y reglamentaria impone la prestación médica a las instituciones de salud.* ii. *La tendencia objetivadora de la doctrina de entender que los deudores están obligados por el total de la deuda en materia médica, se aviene al reconocimiento de un contrato médico integral.* d. *En atención a la consecuencia que genera en el sistema y la legitimidad de su adopción.* i. *La adopción de este régimen incentiva a las empresas médicas a prevenir los daños, aliviando la carga individual de los médicos.* ii. *La corporate negligence del Derecho estadounidense otorga legitimidad a la adscripción de este régimen.*

Para el final de la presente investigación, se dejó el análisis del modelo bipartito o de contrato médico integral que estructura la relación entre prestadores y prestatarios bajo un solo contrato, compuesto por dos polos de interés o dos partes: por un lado, el prestatario del servicio médico, representado por el paciente; y por el otro, a los prestadores de aquel servicio, quienes están obligados conjuntamente a la ejecución de la actividad galénica.

Esta forma de estructurar la operativa medical, recoge la realidad propia del ejercicio mancomunado como se prestan dichos servicios y la traspasa a la etapa de responsabilidad civil, en el evento de generarse daños a ese prestatario. Es esta transición la que traicionan aquellas posturas dogmáticas que disocian los ámbitos prestacionales de los agentes sanatoriales y, en definitiva, su responsabilidad civil, pues ¿por qué desintegrar el vínculo jurídico en la fase de la responsabilidad civil, si durante la prestación del servicio actuaron asociados?

Por medio de la fórmula bipartita, el paciente es acreedor de una prestación de salud que deben suministrar todos los agentes sanitarios de manera asociada, obligación compuesta por el acto médico propiamente tal y por todos aquellos servicios que complementan la ejecución de la obligación principal.

El académico François Toth, refiriéndose a esta materia, entiende que el contrato hospitalario ha sufrido una expansión, incluyendo en su contenido todos los cuidados necesarios para restablecer la salud del paciente, esto es, la ejecución de actos médicos. De este modo, en aquellos casos en que un paciente y un médico privado, acuerdan previamente un contrato médico e ingresan a una institución hospitalaria, el nosocomio asume la calidad de deudor de la obligación médica, no significando ello que el contrato médico desaparezca, sino que éste es absorbido por el contrato de hospitalización

celebrado con la clínica, quedando dentro de su contenido contractual la ejecución del acto médico. De esta manera, la institución asistencial, respetando la decisión del paciente, delega en el médico privado que eligió el enfermo la ejecución del acto médico, sin que ello signifique limitar la responsabilidad que la clínica asume en su ejecución, sino que, por el contrario, responde contractualmente al introducir a un tercero en la ejecución del contrato que celebró con el paciente, aunque un tercero elegido por el propio paciente²⁵².

La idea planteada por el profesor Toth, refleja la idea central de la tesis bipartita²⁵³: tanto el médico como la institución son responsables en conjunto del acto médico, no pudiendo dissociarse los marcos obligacionales de éstos, sino que existe un trabajo mancomunado para satisfacer el interés que el

²⁵² TOTH, François. 1990. *Contrat hospitalier moderne et ressources limitées: conséquences sur la responsabilité civile*. R.D.U.S. (20): 328-329pp.

²⁵³ Otros autores que se pronuncian en sentido similar al de François Toth son: Chantal Giroux cuando se refiere al contrato entre el paciente y el hospital como un contrato global (*contrat global*). GIROUX, Chantal. 1992. *Fondements de la responsabilité hospitalière pour le fait des médecins et des résidents*, Memoria de Maestría. Montreal, Universidad de Montreal, Facultad de Estudios Superiores. 52p. Por su parte, Paul-André Crépeau, señala que, en la actualidad, el hospital es un verdadero empresario en el marco de un contrato en el cual los servicios hospitalarios no se reducen a los meramente hoteleros o de enfermería, sino que también la atención médico quirúrgica, servicios de anestesia, radiológicos. CRÉPEAU, Paul-André. 1977. *La responsabilité civile du médecin*. R.D.U.S. (8): 25p. El mismo autor, unos años después, siguiendo la misma idea, destaca la evolución de los establecimientos hospitalarios, desde un hospital como un albergue especializado (*aubergue spécialisée*), con una misión limitada, basada en la alimentación y alojamiento, a una empresa de asistencia médica y hospitalaria (*entreprise de soins médico-hospitaliers*), en que ya no se restringe a servicios hoteleros y de enfermería, sino que también atención médico-quirúrgica. CRÉPEAU, Paul-André. 1981. *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien*. *McGill Law Journal* (26): 676-677pp.

paciente tuvo en vista al solicitar sus servicios, esto es, alcanzar la recuperación de su salud.

Al prestatario, le será indiferente – y aún más inoponible – las relaciones jurídicas internas que ligen al establecimiento de salud y al galeno que lo interviene; le es nimio determinar de quién depende la dotación a cargo de ejecutar los actos necesarios para la satisfacción de su interés, le es irrelevante si los deudores han decidido externalizar sus labores y designar sustitutos que ejecuten el encargo o han decidido ejecutarlo ellos mismos, lo único relevante es que satisfagan su interés del modo organizativo que estimen prudente y, para el caso de generarse daños, que ambos sean civilmente responsables de su reparación.

A diferencia de lo que se dijo de las tesis de la estipulación en favor de otro y atomista, ésta no disocia los vínculos existentes, sino que entiende existir una sola relación compleja, que provoca un verdadero ensanchamiento de la posición de deudor, pues éste se encuentra compuesto por varias personas distintas que conforman una sola parte, en los términos del artículo 1438 del Código Civil, que dispone que *“cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Sobre la base de esta visión del vínculo jurídico, los establecimientos sanatoriales son civilmente responsables por los daños ocasionados a los

pacientes en la ejecución de actos médicos por facultativos independientes²⁵⁴, pues son deudores del acto médico en conjunto con el facultativo y no meros espectadores y facilitadores de infraestructura hotelera a los médicos que practican las intervenciones.

Enseguida, se analizará un fallo de la Corte Suprema que, si bien no permite concluir indiscutidamente si adscribe a la tesis atomista moderada o a aquella bipartita, contiene en sus considerandos razonamientos que constituyen el punto de partida para admitir en Chile la responsabilidad de las clínicas por los denominados médicos independientes. Seguidamente, se expondrán los argumentos que sustentan la adopción del modelo del contrato médico integral.

1. Un primer paso. El fallo “Salazar Navarro con Clínica Reñaca”.

Como punto de partida, se examinará un fallo que rechazó aquella defensa fundada en que los sanatorios sólo prestarían servicios hoteleros cuando el acto médico es practicado por médicos independientes, atomizando la responsabilidad civil de los agentes sanatoriales, de modo que, a la luz de su doctrina, puedan extraerse conclusiones y esbozar otros argumentos que

²⁵⁴ Salvo que no se logren acreditar los supuestos básicos de la responsabilidad civil contractual o extracontractual invocada.

fundamenten los motivos por los cuales la tesis bipartita estructura de mejor manera las relaciones entre prestadores y prestatarios de servicios médicos.

El juicio está caratulado “Salazar Navarro con Clínica Reñaca”, y fue ventilado ante el Segundo Juzgado Civil de Viña del Mar bajo el rol N° 312-2005. Fue promovido por don Maximiliano Salazar Navarro, por sí y en representación de sus tres hijas menores de edad, incoando una acción de resolución del contrato con indemnización de perjuicios y, en subsidio, una pretensión indemnizatoria por el cuasidelito civil en contra de la Clínica Reñaca, el médico intensivista don Johnny Ríos Arduz (dependiente de la clínica) y el médico ginecólogo don Luis Venegas Soto-Aguilar (médico independiente), a causa del fallecimiento de la cónyuge y madre de los demandantes, doña Julia González Astudillo, al someterse a un procedimiento médico de urgencia posterior al parto de su tercera hija.

En los hechos, la señora González tuvo un parto normal, sin complicaciones en el pabellón del centro asistencial demandado. Sin embargo, a las horas de realizada la operación, la paciente presentó una hemorragia genital y su médico tratante se vio forzado a realizar una operación de urgencia que consistió en la cauterización de una arteria ubicada en el útero. A raíz de lo anterior, la paciente quedó en observación, siendo trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde finalmente falleció.

Al contestar la demanda, la Clínica Reñaca sostuvo no ser responsable de los daños, "por no tener una relación contractual con la paciente toda vez que este vínculo fue celebrado con el médico tratante y que su participación se limitó a arrendar su espacio e infraestructura para llevar a cabo el alumbramiento del tercer hijo de la paciente". Añade que "la paciente sólo adquirió los servicios de la Clínica relativos a la habitación, alojamiento, alimentación, personal calificado para pabellón, instrumental médico, todo lo cual estaba bajo la dirección del médico tratante".

Como es posible advertir, la Clínica Reñaca adscribió a la tesis atomista clásica de responsabilidad médica, pues aduce que el contrato que la ligó con la señora González se restringía a prestaciones extramédicas y paramédicas – lo cual fue cumplido satisfactoriamente – y que el contenido obligatorio referente al acto médico propiamente tal era parte del contrato que se celebró con el galeno independiente, pretendiendo, de ese modo, eximirse de responsabilidad civil al no ser parte del contrato cuyo incumplimiento le causó la muerte.

Es la mismísima Corte Suprema²⁵⁵, que luego de acoger un recurso de casación en el fondo de la parte demandante, en la sentencia de reemplazo dictada el día 19 de junio de 2014, tuvo la oportunidad de referirse a esta controvertida excepción de los establecimientos hospitalarios, aunque enmarcada en sede aquiliana, sostuvo que "la clínica – y el hospital – no es un

²⁵⁵ Corte Suprema, sentencia de 19 de junio de 2014, rol N° 5.817-2013, caratulado "Salazar Navarro Maximiliano con Clínica Reñaca y otros".

establecimiento hotelero, que el paciente o su médico de confianza escoja teniendo en cuenta sólo la calidad de su infraestructura. El paciente confía en que esa clínica pondrá todos los medios ofrecidos a su disposición, para superar el trance de salud que haya motivado su internación”.

Luego que la sentencia concluyó su raciocinio respecto a la responsabilidad civil de la clínica por el hecho de su dependiente – el médico intensivista don Johnny Ríos Arduz –, discurrió sobre la responsabilidad que le cabe a la clínica por la actuación del médico independiente – el médico ginecólogo don Luis Venegas Soto Aguilar –, sosteniendo que “sólo para cerrar en plena armonía el triángulo jurídico que impulsa la corresponsabilidad de todos los demandados, se puede agregar que la vinculación de la clínica respecto del otro médico, Sr. Venegas, impele en el mismo sentido [de su responsabilidad civil], ya no por ministerio de los efectos de la dependencia propiamente tal, sino que por el vínculo jurídico creado entre este médico independiente y la clínica; y que obedece a un contrato cuyos resultados no son ajenos para ambos – ni menos para el paciente – y que guarda relación con la forma de organizar y prestar el servicio hospitalario [...] es posible concluir la responsabilidad civil por el hecho propio de parte de la clínica emplazada, que se refiere a la circunstancia de no haber precavido eficientemente un sistema organización y control sobre las actuaciones profesionales de sus médicos externos – en este caso, del sr. Venegas – y de sus propios colaboradores e

instalaciones, en términos que pudiese asegurarse una correcta y segura atención de la paciente”.

La sentencia de nuestro máximo tribunal, si bien no adscribe indiscutiblemente por el modelo bipartito o por el atomista moderado, si descarta de plano aquella postura sostenida por las clínicas (individualismo clásico) y permite extraer conclusiones de cara a cimentar la responsabilidad civil de los establecimientos clínicos por los daños causados por facultativos independientes. Pueden enunciarse entre ellas las siguientes:

- (i) La sentencia se decanta derechamente por la responsabilidad civil de las clínicas por el actuar médico negligente de facultativos independientes. En el caso en concreto, le imputa responsabilidad extracontractual por el hecho propio, por la ineficiencia del sistema de organización y control respecto de médicos externos, sin embargo, su raciocinio supera el ámbito bajo el cual se haya resuelto la controversia, pues impone deberes explícitos a los nosocomios respecto de la ejecución de actos médicos por galenos externos a la entidad, lo que constituye un avance en la materia.

- (ii) Las instituciones de salud no son – ni pueden ser – instituciones hoteleras. El paciente al elegir el establecimiento sanatorial en el que desea recibir los servicios médicos que requiere, no decide únicamente

en atención a la calidad de los servicios extramédicos y paramédicos que ofrezca, sino que, primordialmente, toma su decisión en base a la calidad de los servicios médicos que presta, confianza que se vería dañada de legitimar que, posteriormente, puedan plantarse como meros establecimientos hoteleros, sin obligación alguna respecto a la ejecución del acto galénico que le ha ocasionado daños.

- (iii) El vínculo jurídico que se crea entre el médico independiente y la clínica, tiene por objeto organizar la prestación del servicio hospitalario, fenómeno complejo y asociativo, que no le es ajeno al paciente, y en el cual participan usualmente múltiples agentes médicos a través de una cadena de contratos, cuestión que no debe servir para limitar la responsabilidad civil de las clínicas, sino, por el contrario, para configurarla, en virtud de su calidad de participe de la prestación sanatorial insatisfactoria. El reconocimiento del vínculo entre la clínica y el facultativo independiente que realizó la sentencia, no significa un triunfo del atomismo, ni siquiera aquella versión moderada, puesto que el modelo bipartito no desconoce tales relaciones, por el contrario, son parte del fenómeno pluriparticipativo evidente en esta época y que debe trasladarse a la fase de la responsabilidad civil, lo cual no puede significar un menoscabo de los derechos del prestatario del servicio médico.

- (iv) La tendencia de hacer responsable al establecimiento sanatorial y al galeno independiente por los daños que se ocasionan a los pacientes avanza en la idea de corresponsabilidad sanatorial, por la cual todos aquellos que tienen participación en la ejecución de la prestación, responden de los daños que se han provocado, impidiendo la evasión de responsabilidad a través de la transferencia del marco obligacional a otro de los deudores de la misma prestación.

La lucidez y elocuencia de la sentencia de nuestro máximo tribunal, contiene razonamientos que constituyen un discurso que da el paso siguiente en el Derecho de Daños sanatoriales y que, en una idea de unificación, tan ampliamente ensalzada por la doctrina, en distintos ámbitos de la responsabilidad civil, verbigracia, entre lo público y privado o entre lo contractual y extracontractual²⁵⁶, ahora pone sus energías en avanzar en lo evidente más que en lo complejo: la uniformidad entre la ejecución colectiva de la prestación de servicios y el sistema de responsabilidad por daños bajo el parangón de la asociatividad.

Ahora bien, dicho fallo no esclarece en términos absolutos, que deba adoptarse un modelo como aquel del contrato médico integral, por lo cual a continuación se expondrán los fundamentos que sustentan su adopción.

²⁵⁶ Conjunto de disquisiciones que han llevado a sostener que el paciente es víctima de un “laberinto jurídico” (*labyrinthe juridique*), con una evidente situación de vulnerabilidad. TOTH, François. Ob. cit. (1990), 326p.

2. Argumentos para sustentar la tesis integral.

En lo que sigue, se enunciarán las razones que resultan decidoras para la adopción de la tesis bipartita para estructurar estas relaciones entre prestadores y prestatario, para lo cual se sistematizarán en atención al fundamento y objetivo perseguido por el argumento. Se clasifican en los siguientes:

- a. En atención a la búsqueda de coherencia y unificación de regímenes de responsabilidad por daños sanatoriales.
- b. En atención a la realidad de la operatividad sanatorial.
- c. En atención a la naturaleza jurídica de la obligación sanatorial.
- d. En atención a la consecuencia que genera en el sistema y la legitimidad de su adopción.

- a. En atención a la búsqueda de coherencia y unificación de regímenes de responsabilidad por daños sanatoriales.**

- i. La necesaria coherencia entre la forma en que se presta el servicio y el modelo de responsabilidad civil por daños.**

Ya se esbozó en lo precedente las bases respecto a la forma pluriparticipativa en que en la actualidad se prestan los servicios médicos a los pacientes.

En efecto, se comentó respecto a la transformación paradigmática que ha vivido la medicina milenaria desde una ciencia ejercida por el galeno de manera personal y ocupada esencialmente de la curación, hacia otras fórmulas de medicina que se prestan por múltiples agentes sanatoriales y en que no sólo persiguen la sanación del paciente, sino que también se ocupan de brindar una atención integral, que incluye no sólo el acto médico en sí mismo, sino que otros servicios complementarios, aunque siendo siempre el pilar lograr la recuperación del paciente.

Esta mutación de la forma de prestar el servicio y la ampliación del haz obligacional de los prestadores médicos, se explica por las mayores exigencias que la sociedad en general tiene respecto a todo ámbito de servicios, influenciado por las tendencias industrializadoras y globalizadoras que exigen de mejores respuestas de los agentes para satisfacer el interés de los pacientes. De este modo, la sociedad contemporánea, ha compelido a los prestadores de salud a aunar fuerzas para hacer frente conglomeradamente a la prestación de servicios integrales que la sociedad exige.

Para estructurar la prestación de estos servicios médicos se utilizan múltiples contratos coligados entre sí, dividiendo de manera eficiente la prestación del mismo, fenómeno al que se ha denominado “enjambre contractual” o “encadenamiento de contratos”, y tiene por objeto la organización interna del servicio medical. Esta mancomunidad o asociatividad médica en la

prestación del servicio es precisamente lo que define el funcionamiento de la medicina contemporánea²⁵⁷, la cooperación y trabajo agrupado de los diversos agentes medicales para prestar un servicio integral de servicios sanatoriales que no sólo incluya la sanación como objetivo primordial, sino que otros fines complementarios a éste.

Con razón se ha dicho que se avanzó desde una medicina individual hacia una medicina pluriparticipativa, pues el ejercicio de la profesión ha sufrido una notable metamorfosis que hace necesario variar el enfoque que, desde la disciplina jurídica, se dé a las consecuencias derivadas de tal forma de ejercicio en el Derecho de Daños.

Ciertamente, los efectos jurídicos que derivan de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes contractuales, deben necesariamente tener en cuenta esta forma asociada de prestar el servicio médico, ya que asumir criterios disimiles en esta fase provoca contradicciones indeseables si se quiere tener un ordenamiento jurídico coherente y sistemático.

La lógica aparece ligada al Derecho desde épocas remotas de la antigüedad helénica, donde los filósofos reflexionaron sobre el pensamiento y la virtud de argumentar exitosamente frente a una audiencia componiendo un

²⁵⁷ En este sentido, el académico Ricardo Lorenzetti expresa que “[...] la medicina contemporánea se caracteriza por un encauzamiento hacia la prestación masiva, por lo que en gran medida es ésta la forma de actuación más común en la actualidad”. LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 149p.

discurso persuasivo. Estas mismas reglas lógicas llevan a repudiar la discordancia entre el reconocimiento de una prestación mancomunada y la aceptación de una subsecuente responsabilidad civil individual de quienes ejecutaron el acto que ocasionó perjuicios, pues tal diferenciación no encuentra asidero en nuestro sistema jurídico y no es tampoco una respuesta coherente para dar solución al conflicto que se suscita.

¿No será acaso que el sistema individual de responsabilidad civil es más justo, lo que justifica su adscripción? Claramente entre las virtudes que imperan en los sistemas jurídicos, la coherencia está peldaños debajo de la justicia, por lo que frente a un conflicto entre ambos valores debe imponerse aquella virtud de mayor relevancia para el Derecho, esto es, en el caso concreto, la justicia. Sin embargo, para el caso en comento, la justicia no se ve amenazada por la elección del sistema socializador y colectivo de responsabilidad civil y, por el contrario, responde de mejor manera a la equidad que debe imperar para reparar los daños por actos médicos, pues salvaguarda de mejor modo el principio de reparación integral de la víctima, sin imponer cargas infundadas en quienes han ocasionado el menoscabo.

En efecto, un sistema que sociabiliza los riesgos entre todos los participantes, distribuye equitativamente el resultado dañoso y evita hacer soportar todo el perjuicio a uno o más individuos, a pesar de haber participado múltiples agentes en la ejecución del acto que ocasionó perjuicios.

Por su lado, la tesis atomista y la tripartita, que se ha expuesto precedentemente, pese a reconocer las nuevas formas colectivas de ejecución de los servicios médicos, a la hora de enfrentarse a la fase de la responsabilidad civil, procuran dividir los vínculos jurídicos, buscando la causa del daño en una conducta individual de uno de los componentes del grupo prestador, lo que termina por disociar la responsabilidad civil según la conducta en concreto que se ha incumplido. En buen romance, estas posturas plantean una solución paradójica en que la prestación del servicio es colectiva, mientras la responsabilidad civil frente a daños e incumplimientos es individual o particularizada.

Esta incoherencia entre el panorama jurídico según se esté en el ámbito de la prestación del servicio o en la inejecución de la prestación, no encuentra fundamento en nuestra legislación y, más aún, la adopción de criterios atributivos atomistas no responden adecuadamente a la realidad sanatorial contemporánea, basada en estructuras mancomunadas y asociativas de actuación propias de la época tecnificada, obedeciendo tal dinámica más bien a un afán de simplificar la tarea de los operadores jurídicos frente a la costumbre de resolver los problemas de atribución bajo fórmulas que particularizan a los responsables.

De este modo, parece más sensato que, reconociendo que la ejecución de actividades médicas es un fenómeno pluriparticipativo, la responsabilidad

civil frente a los daños que se causen derivados de dicha forma de actuación se sujete a los mismos principios mancomunadores, preservando de ese modo la coherencia y consistencia que exige todo análisis jurídico, pues, en definitiva, la paradoja que se produce entre una ejecución asociada y una responsabilidad atomizada, trastoca los fundamentos propios de la coherencia argumentativa, y perturba irremediablemente la lógica del sistema jurídico.

Si, finalmente, se adopta una posición que enriete la fase de ejecución e incumplimiento bajo esquemas asociativos, se concluirá que la clínica debe responder por los daños causados por los llamados facultativos independientes en la ejecución de un acto médico, pues tanto la clínica como el galeno independiente han participado en la prestación del servicio, lo que redundará en que el sistema de responsabilidad se expande de la misma forma.

ii. La adopción de esta tesis avanza hacia la uniformidad de criterios de atribución entre el ámbito público y privado, al acercar el criterio de la culpa a aquél de la falta de servicio.

Hace no mucho tiempo, variados autores²⁵⁸ establecieron una *summa divisio* en la responsabilidad civil sanatorial según el lugar donde se verificara el

²⁵⁸ SOTO K., Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II. 16-23pp.; CALDERA, Hugo. 1982. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 205-207pp.; PANTOJA, Rolando. 1987. Bases generales de la administración del Estado. Santiago, Editorial Ediar Cono Sur Ltda. 45p.; FIAMMA,

daño para el paciente, entendiendo que aquéllos que se generan en el ámbito público quedaban sometidos a una responsabilidad de tipo objetiva, a diferencia del estatuto propio del ámbito privado regido por una clásica noción subjetivista.

Según esta visión, el fundamento de la distinción de ambos regímenes, radicaría esencialmente en dos criterios: la naturaleza del interés en juego y el carácter de los sujetos de la relación jurídica que se genera.

Respecto al primer criterio, justifican la distinción en base a que en materia pública se encuentra comprometido el interés de la comunidad o de la sociedad en general, mientras que en el ámbito privado dicho interés se reduce exclusivamente al de los particulares, lo que sirve de apoyo para la diferencia de criterios de atribución²⁵⁹. Sin embargo, se ha criticado tal argumentación, ya que no puede ser éste un punto de diferenciación válido, pues con la llegada de la modernidad, los límites entre lo público y privado no se encuentran bien precisados frente a fenómenos como el de la publicación del derecho privado y la privatización del derecho público. Sobre el punto Alf Ross ha señalado que “no es posible dividir el derecho en dos partes según sus propósitos – según

Gustavo. 1989. La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. *Revista Chilena de Derecho* (16): 429 - 454pp.; SILVA C., Enrique. 1995. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 247p.; VÁZQUEZ R., Andrés. 1999. *Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud*. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. 44p.; MARTÍNEZ E., José. 2003. *La responsabilidad patrimonial de los servicios de salud*. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes (7): 153p.; HUEPE, Fabián. 2007. *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*. Santiago, LexisNexis. 164-165pp.

²⁵⁹ Explican este criterio, sin compartir su fundamento, CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 30-31pp.

que el derecho proteja primordialmente intereses privados o públicos – porque estos no son propósitos opuestos coordinados del derecho, sino solo dos maneras diferentes de mirar la misma cosa”²⁶⁰.

Por su parte, el criterio referido al carácter de los sujetos que se vinculan, tiene su base en que en el derecho público, a lo menos una de las partes es un órgano del Estado y, por tanto, existe un asunto de justicia distributiva en juego, mientras que en el sector privado se relacionan únicamente particulares, por lo que su dinámica se cimienta en un principio de justicia conmutativa²⁶¹. Debe replicarse esta disquisición advirtiendo la frecuente confusión que se observa en la conformación de esas relaciones, pues, hoy en día, es usual que un órgano público efectúe actividades actuando como un privado y, asimismo, los particulares utilizan técnicas propias del derecho público, lo que ha invisibilizado la frontera entre ambas entidades²⁶².

²⁶⁰ ROSS, Alf. 1963. Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Editorial Universitaria Buenos Aires. 206-207pp.

²⁶¹ En este sentido Soto Kloss, quien ha dicho que “hablar de responsabilidad ‘extracontractual’ del Estado es sólo muestra de un ‘civilismo’ que pudo tener alguna razón en época ya bien pretérita, en la cual no existía un desarrollo doctrinario del derecho público en esta materia en nuestro país, pero que no tiene asidero hoy cuando se advierte que la regulación del Estado y de su responsabilidad se rige por el derecho propio del Estado, que es el derecho público, la constitución, y no el derecho civil, puesto que la actividad del estado y su misión de bien común es asunto de justicia distributiva y no precisamente de la conmutativa, propia de lo civil de los particulares, de los privados”. SOTO KLOSS, Eduardo. 2007. ¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad ‘extracontractual’ como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia? Gaceta Jurídica (329): 39 y ss. pp.

²⁶² CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 31pp.

Con el transcurso de los años dicha distinción normativa entre ambos regímenes ha sido superada, y en la actualidad, la gran mayoría de los civilistas convienen que el régimen de responsabilidad sanatorial debe avanzar hacia la unidad del fenómeno resarcitorio²⁶³, pues el lugar donde se verifica el daño no es un criterio válido de distinción que justifique resolver de manera distinta un problema jurídico que es en esencia el mismo.

En este sentido, se ha pronunciado el académico Carlos Pizarro Wilson, quien respondiendo negativamente a si se justifica tener dos órdenes de responsabilidad, ha dicho “creo que debe tenderse más bien a una unificación, al menos, en lo que dice relación con la responsabilidad médica, ya sea privada, en clínicas o en hospitales públicos”²⁶⁴. Los juristas Hugo Cárdenas y Jaime Moreno, también han seguido esta línea, señalando que “[...] se cuestiona la utilidad de recurrir a distinciones escolásticas, como la que separa el derecho público del derecho privado, a efectos de fundamentar diferencias normativas respecto del régimen de responsabilidad que en materia de daños le corresponde al Estado Administrador frente a un prestador privado”²⁶⁵. Agrega, parafraseando a Lorenzetti, que “no se puede sino recomendar que los hospitales sean sometidos a reglas de organización empresarial privada, a fin

²⁶³ Josefina Tocornal, cuestiona las diferencias que se producen en materia médica entre los estatutos contractual-extracontractual y público-privado. TOCORNAL C., Josefina. 2014. La responsabilidad civil de clínicas y hospitales. Santiago, LegalPublishing. 256 y ss. pp.

²⁶⁴ PIZARRO W., Carlos. 2006. La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley del Auge en perspectiva civil. En: JORNADAS CHILENAS de Derecho Civil, Santiago, LexisNexis, 403p.

²⁶⁵ CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 2p.

de hacerlos más eficientes [...]”²⁶⁶. El profesor Corral Talciani, por su parte, sostiene que “una conveniente armonía de lo que conocemos actualmente con la denominación de derecho de daños, no permite una separación tan tajante entre el sistema público y el sistema privado”²⁶⁷. Por último, entre otros²⁶⁸, Ricardo Sanhueza, quien reflexiona, “¿por qué distinguir un daño causado por una mala praxis médica en una clínica privada de uno provocado en un hospital público?: la actividad es la misma y no hay razón para hacer responsable al Estado por reglas diferentes a las que gobernarían la responsabilidad de una clínica privada”²⁶⁹.

De este modo, la unificación de estos regímenes avanza en un trato igualitario de los pacientes frente a la ley, desechando distinciones injustificadas, irracionales y arbitrarias, que vulneran flagrantemente el derecho

²⁶⁶ CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 34p. Parafraseando a LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1998), 25p.

²⁶⁷ CORRAL T., Hernán. Ob. cit. (2003), 306 y ss. pp.

²⁶⁸ María Tocornal, por ejemplo, afirma que, “el conjunto de normas que configuran la responsabilidad sanitaria – el derecho vigente aplicable – si bien dispersas, conforman un régimen especial que puede interpretarse dando un trato armónico a todos los pacientes sin importar por qué entidad jurídica fueron dañados [...] En base a la normativa vigente no es posible aceptar la diversidad de regímenes de responsabilidad sanitaria frente a hechos dañosos similares y víctimas que merecen igual protección, por el contrario, es posible sostener un sistema armónico de soluciones tendencialmente uniformes para la responsabilidad civil de los establecimientos de salud, sean públicos o privados”. TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 4-5pp.

²⁶⁹ SANHUEZA, Ricardo. 2005. Bases para una teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrador chileno. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. 80p.

constitucional a la igualdad consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República²⁷⁰.

Bajo este escenario es que se ha concluido que ambos estatutos se fundamentan en un mismo régimen de atribución subjetivo, a través de un mecanismo de comparación objetivo entre la conducta efectivamente desplegada por el deudor del servicio con aquel comportamiento considerado como ideal o abstracto, sin diferencias más allá de las terminológicas utilizando la expresión “falta de servicio” el sector público y “culpa” o “negligencia” el sector privado²⁷¹.

El profesor Hugo Cárdenas, ha sostenido sobre el punto que “[...] los criterios con que los jueces imputan la obligación de reparar los daños a los hospitales y clínicas privadas, son prácticamente iguales a los que utilizan cuando imputan a la Administración, aunque pueda apreciarse alguna diferencia terminológica. Y es que – como hemos repetido insistentemente –, no se ve cuál puede ser la razón jurídica para distinguir la responsabilidad por daños que

²⁷⁰ En este sentido, TOCORNAL C., Josefina. Ob. cit. (2013), 35p.

²⁷¹ El académico Carlos Pizarro, refiriéndose a esto último, señala que “debe entenderse la falta de servicio como una culpa, que no es distinta de aquella que se imputa a las personas jurídicas de derecho privado. Con los mismos problemas que involucra que se trate de una noción flexible, determinada oír una comparación entre la conducta debida y aquella que se verificó”. PIZARRO W., Carlos. Ob. cit. (2006), 410p. El mismo autor, en otro de sus artículos, ha comentado que “[...] se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si la negligencia tuvo lugar en un hospital o en una clínica, ni tampoco si existió o no contrato. Un sistema uniforme permitirá a los destinatarios de las normas conocer los riesgos que enfrentan en el evento de un resultado adverso”. PIZARRO W., Carlos. Ob. cit. (2008), 175p.

se aplique a las actividades sanitarias llevadas a cabo en un recinto hospitalario público, de aquellas que se lleven a cabo en una clínica privada”²⁷².

Sin embargo, entre la “falta de servicio” y la “culpa”, puede advertirse aún una diferencia que debe ser superada. En efecto, el criterio de “falta de servicio” envuelve en sí misma múltiples formas de actuación que se desajustan del patrón ideal, aunque reconduciendo todas ellas al órgano administrador. Así, sea que el apartamiento al estándar provenga de un funcionario conocido, de un funcionario anónimo o de la propia organización del servicio, en todas ellas la responsabilidad se atribuye automáticamente al órgano público en virtud del criterio de falta de servicio²⁷³.

En el sistema privado el mecanismo es diferente. Si bien el criterio de “culpa” engloba igualmente todos los supuestos de desviación de obligaciones comprometidas por los deudores, no siempre son encausadas en la imputación del órgano, sino que distingue las hipótesis y sólo en determinados casos la institución será responsable.

²⁷² CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 45p.

²⁷³ Como bien apuntan los profesores Cárdenas y Moreno, “la falta de servicio se ha ido transformando en un supra-criterio de atribución de responsabilidad, que acoge en su seno supuestos en que los funcionarios han incurrido en una culpa (personal o funcionaria); supuestos en que el daño no se puede [sic] haber producido sin la culpa de un funcionario (aunque el mismo no se puede identificar); así como supuestos de daños que se relacionan con una deficiente organización o una baja en los estándares de calidad con que se debe prestar el servicio”. CARDENAS V., Hugo; MORENO M., Jaime. Ob. cit. (2011), 79-78pp.

Así, la reconducción de comportamientos apartados de los estándares ideales hacia la responsabilidad institucional es una característica propia del sistema público por “falta de servicio”, que no siempre se verifica en el ámbito privado.

El sistema de responsabilidad institucional encarna de mejor modo los principios de justicia y reparación integral, por lo que los esfuerzos deben estar en acercar el criterio de la “culpa” a aquel supra-criterio de la falta de servicio, que imponga la responsabilidad civil a nivel del órgano más que al individuo, de modo de alcanzar una total unificación entre los sistemas de atribución público y privado.

El régimen bipartito basado en un contrato médico integral avanza en ese sentido. En efecto, mediante su configuración se coloca a la institución privada de salud en una posición de parte deudora de todo acto médico que se lleve a cabo bajo su autorización, de modo que, cualquier daño que se ocasione a un paciente en la ejecución de un servicio médico, sea por culpa de un dependiente, de un galeno independiente, de un funcionario desconocido o de la propia organización, hará responsable a la clínica como deudora del servicio comprometido insatisfecho al prestatario.

De este modo, al igual que el criterio atributivo por falta de servicio, mediante la tesis bipartita, todos los incumplimientos de la prestación comprometida al paciente, pueden reconducirse a la responsabilidad

institucional del sanatorio, sin perjuicio del derecho de la víctima para poder ejercer la acción en contra del médico involucrado y de las acciones de repetición de la clínica en contra del funcionario causador del daño.

La institucionalización de la responsabilidad civil sanitaria aparece como un camino a seguir en aras de la unificación de los sistemas público y privado, siendo un instrumento para tal efecto el reconocimiento de un contrato médico integral en los términos que se ha expuesto.

iii. La evolución hacia la vigorización de la responsabilidad civil institucional, simplifica el régimen y se aviene al modelo bipartito.

La transformación del escenario bajo el cual se prestan los servicios en general, y en específico los sanatoriales, devendrá inexorablemente en una mutación de las construcciones dogmáticas bajo las cuales se configure la responsabilidad civil de los agentes medicales. En efecto, siguiendo la idea sembrada en el argumento anteriormente expuesto, el paso que debe darse en el Derecho de Daños es consolidar la evolución desde la responsabilidad individual médica, que pone su vista en la actuación de los profesionales de la medicina, a la responsabilidad institucional u orgánica de las empresas sanatoriales por los daños que se causen a los pacientes.

La autora nacional María Josefina Tocornal, discutiendo sobre la materia, ha afirmado que “la transformación de la entrega de la atención de salud desde el libre ejercicio de la profesión médica a una organización económica integrada acercará definitivamente la terminación de la focalización en los tradicionales argumentos de responsabilidad médica individual que, sostienen los autores, pasará a desaparecer”²⁷⁴. Añade que debe eliminarse la responsabilidad individual médica y sustituirla por una exclusiva responsabilidad del establecimiento público o privado²⁷⁵.

El jurista Jacques Ramsay, sostiene que la tendencia es la evolución desde el abandono de la responsabilidad individual de los profesionales de la salud en favor de una responsabilidad de la empresa hospitalaria (*entreprise hospitalière*), desarrollo que no es típicamente norteamericano, sino que de muchas latitudes que tienen en vista la responsabilidad de estos establecimientos²⁷⁶.

Muchas son las manifestaciones de este cambio de tendencia en el bagaje doctrinario y jurisprudencial, tesis como aquella de la culpa en la organización, la culpa anónima, la responsabilidad colectiva, la responsabilidad corporativa, la doctrina del riesgo de la empresa, entre otras, denotan un

²⁷⁴ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 102p.

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ RAMSAY, Jacques. Ob. cit. (1998), 94 y ss. pp.

cambio de perspectiva en la atribución de responsabilidad desde el profesional a la institución que presta los servicios médicos.

Algunos autores, como Abraham y Weiler, incluso han llegado al extremo de sostener que la responsabilidad civil sanatorial debe ser exclusivamente corporativa, excluyendo la responsabilidad personal que pudiere caberle a los médicos que han participado en la ejecución del acto médico negligente²⁷⁷. En efecto, afirman que este sistema tendría grandes beneficios para todos los operadores del sistema. Para los galenos sería beneficioso, pues terminaría con la distorsión de precios de los seguros según la especialidad que ejerzan los facultativos, desapareciendo las alzas y bajas del costo de las primas, pues sería la empresa médica quien absorbería todas en un mismo seguro que cubriría a todas las categorías médicas y de aquellos funcionarios auxiliares de la prestación de salud, tornando más estable el precio que se paga por los seguros de responsabilidad civil. El paciente, contaría con un legitimado pasivo calificado como son los centros asistenciales, de natural solvencia, y que garantizaría el pago al contar con seguros de responsabilidad ante el evento de daños en la ejecución de dichos servicios. Por último, los sanatorios serían favorecidos porque la estabilidad del sistema permitiría calcular la probabilidad

²⁷⁷ ABRAHAM, Kenneth y WEILER, Paul. 1994. *Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System*. *Harvard Law Review* (108): 401-403pp.

de riesgo de ocasionar los daños y promovería la inversión necesaria para prevenir su origen²⁷⁸.

Si bien la posición anotada alienta una mirada de futuro con una responsabilidad civil institucional vigorizada, llega al extremo no tolerable de hacer desaparecer la responsabilidad individual, que no es tampoco conveniente para los prestatarios de servicios médicos. No resulta justo, restar un legitimado pasivo al paciente cuando ha sufrido un daño en la ejecución de un acto médico, pues en aras de reparar integralmente su perjuicio tendrá el derecho de enderezar las acciones indemnizatorias en contra de todos aquellos que han participado en la generación del mismo, incluyendo a la clínica y al o los médicos que le hayan intervenido.

No cabe duda que deba avanzarse en el fortalecimiento de la responsabilidad orgánica, censurando aquellas construcciones que permitan a las instituciones eludir la responsabilidad civil que le es propia, pero sin esfumar el derecho del deudor de enderezar acciones en contra de aquellos que éste estime conveniente.

La evolución que durante este nuevo siglo se haga de la responsabilidad institucional directa, debiera traer consigo un fenómeno que aliviara la carga que han debido asumir los facultativos, dada la estructuración dogmática del sistema de responsabilidad civil, que forzaba la instrumentalización de las

²⁷⁸ Ibid.

demandas contra galenos para lograr endilgar aquella de la institución asistencial, tendencia que con agudeza advirtió el autor trasandino Alfredo Kraut, al decir que “la realidad procesal de nuestros días indica que, para obtener la condena de la entidad asistencial, se promueven acciones contra el médico dependiente como autor del daño injusto. El médico suele ser responsabilizado por el incumplimiento de obligaciones que son típicas de la clínica (efecto rebote: la culpa del facultativo proviene de la actuación de otro sujeto – culpa o riesgo de la empresa-organización –) [...]”²⁷⁹.

El desarrollo temprano de la responsabilidad por el hecho ajeno desde épocas decimonónicas y la ausencia de tratamiento de la responsabilidad institucional, forzaba a utilizar al agente del organismo para imputarle responsabilidad al empresario de salud, ante la dificultad que significaba plantear derechamente demandas indemnizatorias en contra del ente incorpóreo, lo que – como destaca Kraut – significó que el individuo debía someterse a juicios de responsabilidad civil contra médicos para llegar a los hospitales, cuando realmente quería deducirse directamente la acción contra el establecimiento sanatorial.

La reciente evolución del sistema institucional del Derecho de Daños, deja la demanda en contra del galeno como una mera opción que puede o no utilizar el paciente, pues nada impide que dirija su acción derechamente en

²⁷⁹ KRAUT, Alfredo. Ob. cit. (1998), 78p.

contra del establecimiento de salud por las fallas en la organización o por haber incumplido el contrato médico integral que celebró con el paciente.

La ventaja del sistema de responsabilidad de la empresa consiste en que es mucho más simple que aquél de tinte individual, pues permite partir directamente en la empresa, sin necesidad de emplazar y acreditar los supuestos de responsabilidad de otros intervinientes, mientras que la postura individualista y aquella basada en la estipulación en favor de tercero, deben partir en el médico para poder alcanzar a la clínica, lo que resulta absolutamente más gravoso para las víctimas del daño.

Con la perspicacia que lo caracteriza, el académico argentino Ricardo Lorenzetti, apuntó sobre este tema, “los estudios jurídicos parten de la figura del profesional y luego se lo intenta relacionar con otros pares y con el empresario a través, principalmente del contrato a favor de terceros. Pensamos que el punto de partida debe ser la empresa, para luego considerar al profesional dentro de ella”²⁸⁰.

La tesis del contrato médico integral colabora en el reforzamiento del sistema de responsabilidad civil corporativa, pues, según se ha explicado, tanto los facultativos independientes que hayan intervenido como la propia empresa medical, son codeudores de la prestación sanatorial del paciente-acreedor. En consecuencia, el prestatario insatisfecho que ha sufrido un daño en la ejecución

²⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo. 1996. Nuevos enfoques de la responsabilidad profesional. La Ley C-1172: 1p.

del acto médico, tendrá libertad para dirigirse en contra del galeno independiente y/o la institución asistencial, fenómeno de corresponsabilidad indiferenciada en que están ausentes las trabas para atribuir la responsabilidad civil del órgano involucrado.

Acogiendo esta línea doctrinaria de responsabilidad contractual institucional de las clínicas, la Corte Suprema ha resuelto que “tanto la literatura como la jurisprudencia nacional han reconocido legitimidad a los pacientes para dirigirse directamente en contra de los establecimientos hospitalarios, puesto que es con éste con quien también celebraron un contrato de prestación de servicio médicos, especialmente en casos de alta complejidad, en que se garantiza un servicio médico integral, que comprende la prestación de los servicios médicos, la asistencia sanitaria, la hospitalización y los procedimientos anexos, en que el único obligado de manera integral con el paciente, en el evento que se produzca incumplimiento imputable que cause daño, es el hospital, con mayor razón si se ha recurrido al servicio de urgencia y la operación se ha planificado con las mismas características, en donde no se tiene en consideración la identidad de los profesionales médicos, sino la institución a la que se acude, sin solicitar un tratamiento de libre elección por el paciente”²⁸¹.

²⁸¹ Corte Suprema, 24 de septiembre de 2007, rol N° 4.103-2005, caratulado “Montecinos con Hospital Clínico Universidad Católica”.

Muy por el contrario, el modelo atomista o individualista, al desdoblar los ámbitos prestacionales que corresponden al galeno independiente y la clínica, se dirige en el camino inverso que aquel de la responsabilidad institucional y orgánica, pues transforman en irresponsables a estas últimas por los actos médicos negligentes que se ocasionen en sus dependencias, haciendo ilusorio o muy restrictivo, si se quiere, los supuestos de responsabilidad institucional. Por su parte, el modelo tripartito o de estipulación en favor de tercero, torna en irresponsable al estipulante (que puede estar representado por la empresa médica), salvo se acredite un vínculo directo con el beneficiario o se acepte un deber de seguridad tácito sobre el mismo, y la responsabilidad del promitente estará condicionada a la vigencia de la relación de cobertura, ficciones jurídicas que debilitan la responsabilidad institucional.

En definitiva, el modelo bipartito vigoriza el régimen de responsabilidad institucional, simplificando el sistema de reparación de daños y, además, se adapta de mejor manera a esta nueva tendencia del Derecho de Daños basada en la posibilidad de endilgar directamente responsabilidad a las instituciones sanatorias frente a daños de médicos independientes, ya que son parte de un contrato médico integral que los coloca en posición de deudores de la prestación del acto médico al paciente y, por ende, no les es posible huir de la responsabilidad civil que les cabe por los daños que causan los galenos independientes en la ejecución de actos médicos, como ocurre con las tesis que disocian la órbita obligacional de los operadores médicos.

b. En atención a la realidad de la operatividad sanatorial.

- i. Si la clínica se aprovecha de los beneficios de la actuación de los médicos independientes, también debe sufrir las desventajas de ese actuar.**

La reputación institucional de una clínica depende, entre otras cosas, del prestigio del capital humano profesional que atiende en sus dependencias, de la cual se vale para promocionarse comercialmente. En efecto, la calidad de los médicos que prestan servicios en los establecimientos de salud, atrae a los particulares a atenderse en dichos centros, generándose una dinámica de promoción mutua entre galeno y nosocomio asociada a la competencia en el mercado de la salud.

De cierto modo, la aptitud de los profesionales médicos conforma el respaldo de la excelencia en la prestación del servicio de parte de los sanatorios, lo que, en definitiva, resulta esencial para que los pacientes decidan contratar con un determinado centro médico y no con otro distinto existente en el mercado.

En este sentido, es que la institución sanatorial se aprovecha del prestigio de los médicos independientes cuando prestan sus servicios y atraen a potenciales clientes para que contraten con el centro clínico, generando, como consecuencia, un beneficio económico contar con estos facultativos.

Si se hace una mirada transversal a las páginas *webs* de distintos establecimientos sanatoriales de nuestro país, podrá advertirse que en uno de sus apartados indica a los galenos que atienden en sus dependencias, calificándolos como “sus” médicos y otros términos análogos, promocionando los servicios clínicos que ofrece la institución. Entre los médicos que se promocionan no sólo aparecen aquellos que tienen una relación laboral con la institución – que son excepcionales en la actualidad –, sino que se encuentran facultativos contratados a honorarios por la institución e, incluso, algunos médicos denominados independientes que con alguna mayor frecuencia prestan servicios en ella, aprovechándose la clínica del prestigio de esos médicos para promocionar sus propios servicios.

Sumado a ello, cuando un galeno independiente presta un servicio médico-quirúrgico en instalaciones de una clínica, parte del precio que paga el paciente por dichos servicios, es recibido directamente por la clínica, lo que pone en evidencia que los nosocomios se aprovechan de los servicios que prestan los médicos independientes para generar su propia ganancia.

El panorama descrito, torna inaceptable aquella posición de las clínicas en cuanto a renegar de la responsabilidad civil por los daños provocados a los pacientes por parte de estos galenos independientes que han promocionado como “sus” médicos, pues si han obtenido ingresos operacionales utilizando el nombre de esos médicos, es una natural consecuencia que deban asumir, a su

turno, las consecuencias desventajosas de que presten servicios en sus dependencias.

El profesor Ricardo Lorenzetti, en su obra dedicada a la materia, citó a Belluscio, quien concluyó que los sanatorios lucran y se benefician con la prestación profesional de los galenos que atienden en el nosocomio, por lo que resulta justo que las consecuencias dañosas sean cargadas también a estas entidades de salud que ampararon tal actuación²⁸². Es que resulta de toda lógica que, si alguien se beneficia económicamente del acto de terceros, no puede ulteriormente soterrar dicha realidad para decir que no existe vinculación alguna con ese facultativo, alegando su irresponsabilidad por sus actos negligentes.

Sobre este punto, se pronunció recientemente la Corte Suprema, en el juicio caratulado “Unda Muñoz, Rolando y otra con Clínica del Maule S.A. y otro”, rol N° 10.438-2013, en el cual rechazó los recursos de casación en el fondo deducidos por la clínica demandada y el médico tratante, manteniendo la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que condenó solidariamente a los demandados en sede extracontractual por un monto de \$50.000.000. En los hechos, los padres de un recién nacido demandaron a la Sociedad Clínica del Maule S.A. y al Dr. Luis Osvaldo Jaime Gaete, pues su hijo falleció por no

²⁸² LORENZETTI, Ricardo. Ob. cit. (1986), 163p.

recibir la atención oportuna de parte de la clínica ni de parte del médico que lo atendió en su nacimiento.

Para determinar la responsabilidad de la clínica, la Corte Suprema mantuvo los razonamientos de los sentenciadores de grado que concluyeron que “la responsabilidad extracontractual de la Compañía demandada comienza con el ingreso a sus dependencias del equipo médico que atendió a la madre del recién nacido, pues ello importa que la clínica ‘acepta’ que los prestadores de servicio en referencia, atiendan a sus pacientes en las instalaciones de la demandada”. Luego añaden, “si la clínica aprovecha y se posesiona comercialmente en el mercado de la salud privada con el prestigio y calidad de los prestadores médicos que atienden en ella, resulta del todo lógico que también asuma la responsabilidad por las negligencias, descuidos, impericias y actos ilícitos que ellos cometen”.

Si bien el caso fue resuelto en sede extracontractual, atendido a que los demandantes era víctimas por rebote, el sustrato argumentativo resulta aplicable a ambas sedes de responsabilidad sea esta contractual o aquiliana, obedeciendo precisamente a la idea de que si uno obtiene beneficios de la explotación de un tercero, también debe soportar la carga indemnizatoria por los daños que ocasione en la prestación de ese servicio.

En términos generales, esta argumentación descansa en la conocida frase latina “*ubi commoda, ibi incommoda*”, que traducido literalmente señala

“donde son los beneficios son también las desventajas”, cuya máxima quiere decir que quienes se aprovechan de una determinada situación, deben asimismo soportar las consecuencias negativas de tal obrar, que, aplicado a la responsabilidad sanatorial, quiere decir que si el centro de salud se beneficia económicamente por el obrar de los médicos, debe, asimismo, asumir la reparación del daño que ese médico ocasionó a los prestatarios del servicio médico comprometido²⁸³.

Resulta incoherente, en consecuencia, sostener que los centros de salud autoricen a un facultativo para prestar servicios en sus instalaciones, promocionándose y aprovechándose comercialmente de su actuación en el caso que todo resulte según lo pactado, para luego afirmar que, para el caso que no se cumpla la prestación en los términos estipulados, causando daño a uno de sus pacientes, el sanatorio se libere de toda responsabilidad civil aduciendo que el acto médico era de cargo del galeno independiente y no suya, catalogándose como un mero prestador de infraestructura médica y materiales para la ejecución de la prestación, pues debe aceptar y soportar los resultados adversos de la actuación desplegada por dichos facultativos.

²⁸³ El civilista argentino Enrique Banchio utilizaba otro adagio para significar lo mismo, al decir “quien obra en su propio interés, obra en su propio riesgo”, queriendo expresar que, si el centro médico se aprovecha de los actos desplegados por los médicos, asume el riesgo por los daños que se ocasionen por los mismos. BANCHIO, Enrique. 2004. Responsabilidad obligacional indirecta: hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3): 37-45pp.

En definitiva, lo anterior no es más que aplicación de los principios de equidad y justicia, reprochando el doble estándar que significaría aceptar el aprovechamiento de parte de las clínicas del actuar médico cuando generan alguna ventaja y dispensarse de la responsabilidad civil cuando su actividad es perjudicial de los intereses de la misma.

En consecuencia, las clínicas deben ser civilmente responsables por los actos dañosos ocasionados por médicos independientes, pues resulta de toda lógica, equidad y justicia que, si aprovechan los beneficios económicos de su actuación, también soporten las contingencias adversas de su actuar, resultado que se alcanza adoptando el criterio bipartito.

ii. La legítima confianza creada en los pacientes de que los servicios son prestados conjuntamente entre el sanatorio y el médico independiente.

Un autor nacional, al referirse a la responsabilidad del equipo médico por los actos que ejecuta uno de sus miembros, reflexionaba que “el particular que ve una placa en el portal con el nombre de varios profesionales y entra, aún en el supuesto que desee ser atendido por uno sólo de ellos en concreto, presume que ése profesional está respaldado por todo el conjunto, y sería un fraude a esas expectativas generadas por el propio grupo, determinantes incluso de la

contratación, que, después, la sociedad se esfumara a la hora de exigir responsabilidades”²⁸⁴.

Lo que se ha afirmado respecto a los grupos de profesionales, es homologable a lo que ocurre precisamente entre clínicas y médicos independientes. Ciertamente, cualquier persona que se opera quirúrgicamente con un médico en una clínica determinada, supone que, si la institución permite y autoriza expresamente que un facultativo realice actos quirúrgicos en sus dependencias, respalda su actividad, y frente a cualquier negligencia en que incurra el galeno en la ejecución del acto médico, la institución también asumirá la responsabilidad civil por los daños que se le ocasionen.

Obviamente, el paciente desconoce las relaciones internas que ligan al facultativo con el nosocomio, más aún en el actual panorama de múltiples cadenas contractuales que los gobierna, por lo que poco le importará si el agente que interviene es o no un facultativo que forme parte de la institución, siendo sólo relevante para éste que la prestación se ejecute según lo acordado y que, en el evento de causarse perjuicios, tanto la clínica como el galeno reparen los daños que se han ocasionado.

Sin embargo, como se expresó, las empresas médicas han pergeñado una tesis que disocia la responsabilidad del médico independiente y la clínica, buscando esta última eludir la responsabilidad civil que le cabe por los actos

²⁸⁴ HENRIQUEZ O., Matías. Ob. cit. (1996), 86p.

médicos negligentes practicados por los primeros, cuando han causado daños a los pacientes.

Para desvirtuar esta posición, la doctrina estadounidense elaboró dos teorías que se basan esencialmente en un principio de confianza legítima del paciente en que los servicios son prestados por médicos que son respaldados por el establecimiento sanatorial, haciéndolas responsables conjuntamente por las negligencias de los primeros.

La primera teoría se denomina “*ostensible agency*” o de “agencia aparente”, y basa sus postulados en el cambio de rol de los centros asistenciales contemporáneos diseñados como verdaderas empresas sanatoriales.

Según esta doctrina, el paciente tiene la legítima expectativa en que los facultativos y otros funcionarios auxiliares que lo atienden en la institución sanatorial, lo hacen en nombre de la misma, pese a que dicho escenario puede no corresponder a la realidad al no ser verdaderos dependientes de la misma. La autora María Josefina Tocornal señala que “la gran mayoría de los pacientes que entra al hospital no sabe, ni se cuestiona, el tipo de relaciones jurídicas que la institución tiene con su personal y confía que el hospital le brindará la atención necesaria”²⁸⁵.

²⁸⁵ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 82p.

De este modo, la apariencia que brindan los galenos independientes de formar parte de la organización de la clínica o de ser agentes de la misma y, en consecuencia, de estar respaldados sus actos por la propia institución, hace que el establecimiento de salud deba hacerse responsable por los actos dañosos de esos facultativos a pesar que no son dependientes en términos estrictos²⁸⁶.

Las expectativas que se crean en los pacientes no son artificiales. El hospital monta una campaña publicitaria en base a la prestación de servicios integrales en sus dependencias, exhibiendo a una multiplicidad de galenos en diversas especialidades cuyos servicios ofrece al público, por lo que imposible será para el cliente hospitalario distinguir cuál de los médicos que atienden en el lugar son efectivamente dependientes de la clínica y cuál carece de esos vínculos, a pesar de estar autorizado para operar en la misma. Es en razón de tal circunstancia, que se dice que existe una agencia aparente del médico independiente respecto de la clínica, lo que hace a ésta última como civilmente responsable por los daños que éste haya provocado.

En Estados Unidos, la sección 429 *Restatement (second) of Torts*, se refiere a la teoría de la agencia aparente, al disponer que “*one who employs an*

²⁸⁶ Se ha sostenido que, para configurar la doctrina de la agencia aparente, el tercero debe acreditar: (i) que la creencia de la autoridad del agente es razonable, (ii) que el acto del principal ha generado tal creencia y (iii) que el tercero no fue negligente al calificar la autoridad del agente. WILLIAM MITCHELL LAW REVIEW. 1985. *Theories for Imposing Liability Upon Hospitals for Medical Malpractice: Ostensible Agency and Corporate Liability*. [en línea] *William Mitchell Law Review* (11): 573-574pp. <<http://open.wmitchell.edu/wmlr/vol11/iss2/9>> [consulta: 17 de octubre 2015].

*independent contractor to perform services for another which are accepted in the reasonable belief that the services are being rendered by the employer or by his servant, is subject to liability for physical harm caused by the negligence of the contractor in supplying such services, to the same extent as though the employer were supplying them himself or by his servants*²⁸⁷.

Así, la creencia razonable de que los servicios médicos son prestados por la propia clínica o por uno de sus empleados, determina que, en caso de generarse daños al paciente, aunque el que los ocasione sea un profesional de la salud independiente, la institución deberá asumir la responsabilidad civil por el daño provocado²⁸⁸.

Para la aplicación de la doctrina de la agencia aparente debe acreditarse – como es evidente – la negligencia del médico que actuó en la intervención quirúrgica, pero también debe probarse que el sanatorio se haya exhibido al público como un proveedor integral de servicios médicos, que generara razonablemente la expectativa al paciente que éste se ocuparía de la prestación de actos médicos. Tal y como se mencionó anteriormente, la abundancia de material publicitario de las empresas sanatoriales promocionando estos

²⁸⁷ En términos casi idénticos, la sección 267 del denominado *Restatement (second) of Agency*, que reza lo siguiente: “*One who represents that another is his servant or other agent and thereby causes a third person justifiably to rely upon the care or skill of such apparent agent is subject to liability to the third person for harm caused by the lack of care or skill of the one appearing to be a servant or other agents as if he were such*”.

²⁸⁸ WILLIAM MITCHELL LAW REVIEW. Ob. cit. (1985), 574p.

servicios, hace que, en la generalidad de los casos, esta carga sea fácilmente asumible por la parte²⁸⁹.

De este modo, la confianza legítima del paciente respecto a que el galeno forma parte de la empresa médica, sumado a la expectativa publicitaria en cuanto a que la clínica prestará los servicios sanatoriales, acarrea que el nosocomio deba asumir la responsabilidad civil por los daños que ocasionen médicos independientes en la ejecución de un acto médico en sus dependencias.

La segunda teoría que se basa en la confianza que se crea en el paciente, se denomina *estoppel*²⁹⁰ o teoría de los actos propios²⁹¹, y tiene estrecha relación con la primera. Como su nombre bien lo indica, se funda, en términos generales, en que el actuar de una persona no puede ser contradictorio con el comportamiento asumido en un principio, a pretexto de limitar los derechos de terceros que han actuado de buena fe en la creencia que respetará su inicial forma de actuar²⁹².

²⁸⁹ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 83p.

²⁹⁰ Etimológicamente el término *estoppel*, como destaca DÍEZ-PICAZO, significa estorbo, detención, obstáculo o impedimento. El sentido del vocablo quiere representar un freno o impedimento de la posibilidad de ejercer una conducta contradictoria con la desarrollada en un inicio. DÍEZ-PICAZO, Luis. 1963. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona, Bosch. 62p.

²⁹¹ Para profundizar en la teoría de los actos propios, véase: BORDA, Alejandro. 2005. La teoría de los actos propios. 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

²⁹² Algunas de las definiciones de la doctrina del *estoppel*, han sido “la regla del derecho anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho

Adaptando el principio al contexto sanatorial, significa que el propio comportamiento previo de la clínica al ofrecer y publicitar sus servicios al público y la forma en que se relaciona con los mismos, haciéndoles creer que ofrece servicios integrales de carácter médico y que los galenos que intervienen cuentan con su respaldo, impide que con posterioridad, en la faceta de la responsabilidad civil, ésta se desentienda de ese comportamiento para aducir que sus servicios eran los de mera hotelería y que respecto de los médicos independientes carece de toda posibilidad de supervigilancia y control, lo que impediría asumir los daños que han causados al paciente.

En Estados Unidos se aplicó la teoría del *estoppel* al *Holy Cross Hospital* de *Maryland* en el caso *Mehlman v. Powell*²⁹³. El caso trata sobre el fallecimiento de un paciente por negligencia médica, mientras era tratado en la sala de urgencia del centro asistencial. Se argumentó por los demandantes que el hospital hizo creer a la familia del paciente que la sala de emergencias era

determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo o por aquel de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado de esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio". PUIG B., José. 1951. Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona, Ediciones Ariel. 104p. También se ha dicho que es "la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en el otro la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha 'representado' con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona". BIANCHI, Enrique e IRIBARNE, Héctor. s.a. El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*. Revista El Derecho (106): 859p.

²⁹³ *Mehlman v. Powell*, 281 Md. 269, 272, 378 A. 2d 1121, 1123 (1977).

parte de los servicios integrales que ofrecía al público. Por su parte, la institución hospitalaria se defendió señalando que todo el personal que se encontraba en la sala de emergencia era independiente al sanatorio, por lo que no debía responder por sus actos.

La Corte de Maryland condenó al nosocomio argumentando que, la forma como se exhibía sus servicios al público, hacían creer que la ejecución de actos clínicos en la sala de urgencias eran parte de lo que comprendía su obligación al prestatario, así como que el personal que allí se desempeñaba era dependiente del hospital, por lo que éste debía responder por sus los actos negligentes de los facultativos que allí hubieran atendido²⁹⁴.

De esta manera, las teorías de la agencia aparente y de los actos propios o *estoppel*, aplicadas en este ámbito, aunque utilizando distintos argumentos pretenden alcanzar el mismo resultado, esto es, hacer civilmente responsable al establecimiento sanatorial basándose en la apariencia que han generado los prestadores y la confianza legítima que deposita el paciente en la empresa sanatorial, encontrando en su núcleo la búsqueda por levantar el velo civil del empresario que mediante figuras legales – destacando entre todas la utilización de médicos independientes – pretende eludir la responsabilidad civil que le es propia por los daños que se ocasionan estos facultativos en la ejecución de actos sanatoriales a los pacientes.

²⁹⁴ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 92-93pp.

c. En atención a la naturaleza jurídica de la obligación sanatorial.

i. La normativa legal y reglamentaria impone la prestación médica a las instituciones de salud.

El despertar de la responsabilidad civil hospitalaria a partir de mediados del siglo pasado, produjo una revolución respecto a la forma en cómo se organizaron internamente los establecimientos sanatoriales, pasando de estar conformados principalmente por médicos con contrato de trabajo a otro tipo de vínculos jurídicos, que impidieran aducir que eran dependientes laborales del centro de salud.

Tal cambio de composición del personal médico, les permitía a las clínicas exonerarse de responsabilidad extracontractual por el hecho de esos facultativos, al no reunir un requisito esencial para su configuración, esto es, la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia. En sede contractual, por su parte, la modificación de la composición sirvió para disociar los ámbitos obligacionales de la clínica y el facultativo independiente, a efectos de radicar la prestación del servicio médico únicamente en la esfera del profesional de la salud independiente, sin imponerla en el centro asistencial, levantando de ese modo las clínicas la excepción de irresponsabilidad por los actos médicos, aduciendo que en estos casos en que participan profesionales independientes, los nosocomios prestarían únicamente servicios paramédicos y extramédicos posicionándose como instituciones hoteleras.

Sin embargo, este intento de los establecimientos sanatoriales por evadir la responsabilidad civil por daños provocados en sus dependencias en la ejecución de actos médicos de facultativos llamados independientes, choca frontalmente con nuestra legislación sanitaria, la cual se ha decantado por definir a los nosocomios precisamente en atención a la función u objeto de las prestaciones que ejecutan, la cual dice relación siempre con la prestación de servicios médicos y no de otra clase.

En efecto, como ya se apuntó precedentemente, el Código Sanitario define a los establecimientos del área de la salud, como aquellas entidades que realizan o contribuyen a la ejecución de acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas. La misma idea rescatan el inciso 1° del artículo 3° de la Ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen los pacientes en relación con acciones vinculadas a la atención en salud, al definir prestador de salud, y el artículo 3° del Reglamento de Hospitales y Clínicas, cuando se refiere a esas instituciones.

De este modo, estos establecimientos no pueden desligarse de la prestación médica, pues esos servicios no son impuestos por el contrato médico que celebra con el paciente, sino que por la propia ley que dota de contenido a la institución de salud, constituyendo el núcleo esencial que vendrá acompañado por otros elementos accidentales, como la prestación de servicios

extramédicos y paramédicos, que son meramente complementarios al que define su naturaleza.

Siendo el objeto central de las instituciones asistenciales las acciones de protección, recuperación y rehabilitación de la salud, aquellas tesis que postulan que, el contrato que los liga con el paciente sólo dice relación a los aspectos extramédicos y paramédicos, no tiene sustento en la normativa legal y reglamentaria a la que he hecho referencia, la cual impone que dentro de su esfera obligacional esté la prestación de servicios de salud, sin perjuicio de poder ejecutar además actos que le sirvan de complemento.

Más aún, existen ciertas actuaciones médicas que a las clínicas le son imposibles de delegar en terceros ajenos a su estructura organizacional y que, en el caso de encomendar su ejecución a otros agentes que causan daños a los prestatarios durante su ejecución, no pueden dichos nosocomios evadir la responsabilidad que les es propia, en consideración a que la ley lo ha impuesto dentro de sus objetos esenciales²⁹⁵.

Esta doctrina ha sido denominada por autores estadounidenses²⁹⁶ como “teoría del deber indelegable” y ha servido para justificar la responsabilidad civil

²⁹⁵ Se trataría, igualmente, de una responsabilidad subjetiva por los actos del profesional independiente que trabaja en un área que se considera indelegable por la institución de salud. TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 94p.

²⁹⁶ JOLLEY, Kelly. 2002. *Simmons v. Toumey Regional Medical Center and Osborne v. Adams: Expanding or Limiting Patients' Access to Quality Care? South Carolina Law Review* (54): 530-534pp.; STIDVENT, Christopher. 1999. *Tort Reform in Alaska. Much ado about nothing? Alaska Law Review* 1(16): 86-88pp y FISCINA, Sal. 2007. *Liability*

institucional de las clínicas, señalándose que “los establecimientos de salud están regulados y obligados a tener y prestar ciertos bienes y servicios que les son inherentes. En este aspecto se puede entender que existen deberes indelegables de los establecimientos de salud, que constituyen su propia esencia y no pueden excusar su responsabilidad alegando que se trata de servicios prestados por profesionales independientes”²⁹⁷.

Así, en estos casos, se impone a los establecimientos clínicos una especie de responsabilidad vicaria respecto de actos negligentes de profesionales independientes, en quienes se haya delegado su ejecución, en atención a que la normativa le impone una especial preocupación por el interés que se encuentra en juego²⁹⁸.

Por ejemplo, nadie podrá dudar que todo establecimiento de salud deba hacerse civilmente responsable respecto de la ineficiente atención de urgencia, no pudiendo el sanatorio evadir su responsabilidad argumentando que han sido

of Health Care Entities for Negligent Care. En: Legal medicine. American College of Legal Medicine Textbook Committee. Philadelphia. Sandy Sanbar editor. 375p. En Chile, véase: TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 93-97pp.

²⁹⁷ TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 96p.

²⁹⁸ En Estados Unidos se utilizó la doctrina del deber indelegable para hacer responsable a una institución sanatorial. Se trató del caso Jackson v. Power, 743 P. 2d 1376 (Alaska 1987), en la que la Corte Suprema de Alaska decidió que el hospital debía responder por la negligente atención de un profesional independiente en la sala de urgencias de una institución de salud, al no detectar el daño renal que sufría un paciente que había caído por un acantilado, perdiendo ambos riñones. Sostiene el fallo, que el hospital tiene el deber indelegable de proveer una atención médica diligente en la sala de urgencias, garantizando la generación de los daños negligentemente ocasionados a los pacientes. El fallo es citado por TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 95p.

médicos independientes los que se han ocupado de prestar los servicios, pues su ejecución no era delegable en terceros ajenos a su organización.

El artículo 16 del Reglamento de Hospitales y Clínicas dispone que existen ciertos sistemas mínimos que deben garantizarse a los pacientes al ejecutar los servicios sanatoriales, que podrían encuadrarse dentro de estos deberes indelegables. Dicho precepto reza: “cada establecimiento podrá determinar libremente su organización interna, sin perjuicio de que ella deba contar con sistemas que aseguren a los pacientes como mínimo: a) Atención médica de emergencia; b) Hidratación y transfusiones; c) Aplicación de oxígeno y aspiración; d) Disponibilidad permanente de material e instrumental esterilizado; e) Medicamentos de urgencia; y f) Evacuación expedita de los pacientes y del personal, en caso de incendios u otras catástrofes”.

De esta forma, los daños ocasionados en la ejecución de cualquiera de estos sistemas “mínimos”, hace vicariamente responsable a la institución, pese a que su ejecución haya sido encomendada a un médico independiente al centro, debido a que el establecimiento debía garantizar la ejecución de dicha actividad.

En definitiva, la normativa sanitaria impide que las clínicas y hospitales se desliguen de las prestaciones de salud, debido a que estas son inherentes a su existencia como establecimiento de salud. En consecuencia, las clínicas son responsables por los daños causados en la ejecución este tipo de actos

médicos cuando son practicados por galenos independientes, debiendo descartarse aquellas posiciones que acotan el contenido obligacional de los nosocomios a meras prestaciones extramédicas y paramédicas, ya que ellas no responden a lo que por ley un establecimiento de salud debe prestar a terceros. Sumado a lo anterior, existen ciertos actos de la prestación médica que, por su especial naturaleza, exigen una preocupación especial de la clínica, lo cual impide delegar en médicos independientes la ejecución de su actividad y, en caso de hacerlo, el sanatorio se hace vicariamente responsable por los daños que se hubieren ocasionado en su ejercicio.

ii. La tendencia objetivadora de la doctrina de entender que los deudores están obligados por el total de la deuda en materia médica, se aviene al reconocimiento de un contrato médico integral.

Los supuestos más comunes en que se causan daños a las personas que reciben atención médica, ocurre precisamente en la hipótesis de intervenciones quirúrgicas complejas, en donde la propia naturaleza del objeto determina que la obligación prestacional de los deudores sea naturalmente indivisible, al no ser posible la división del mismo. Así lo ha destacado Santos Briz, quien expresa que la obligación conjunta asumida por la clínica y los galenos que prestan el servicio es indivisible y no solidaria, pues recae sobre una prestación de tal naturaleza que no es posible dividir, como es la de

procurar la curación del paciente²⁹⁹. Por su parte, François Toth ha afirmado que la salud debe ser vista como una obra integral e indivisible.³⁰⁰

Por su parte, respecto a la obligación indemnizatoria (de carácter dinerario), que surge cuando se ocasiona el daño a la víctima, en el ámbito común, distingue sus efectos según estemos en el ámbito contractual³⁰¹, o extracontractual³⁰², aunque teniendo por regla general la mancomunidad de dicha obligación por la pluralidad de deudores involucrados, incluyendo al supuesto en que una entidad empresarial presta el servicio conjuntamente con una pluralidad de facultativos, entre ellos, independientes al establecimiento. Incluso el artículo 1533 del Código Civil señala que es divisible la acción de perjuicios que resulta del incumplimiento de una obligación indivisible. En consecuencia, en principio, cada uno de los deudores será obligado a soportar el pago por la parte en que esté imbricado causalmente en la ocasión del daño³⁰³.

²⁹⁹ SANTOS B., Jaime. 1966. La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno. Madrid, Montecorvo. 372p.

³⁰⁰ TOTH, François. Ob. cit. (1990), 327p.

³⁰¹ Por regla general, las obligaciones indemnizatorias son mancomunadas, salvo que una convención, el testamento o la ley haga solidaria la obligación de los deudores, de conformidad al artículo 1511 del Código Civil.

³⁰² La regla general es la mancomunidad, salvo el caso de coparticipación en el daño, a que se refiere el artículo 2317 del Código Civil

³⁰³ El profesor Carlos Pizarro critica la distinción según exista o no contrato, pues aduce que la diferencia “perturba el sistema, pues deja a las víctimas en un desequilibrio en cuanto a la garantía para exigir el pago de la indemnización, según se encuentre en una relación contractual o en cambio en aplicación del estatuto extracontractual. Habiendo afirmado que la regla general es la responsabilidad contractual, cabe sostener que la solidaridad está ausente en la mayoría de los casos

Pese a lo dicho, como bien destaca el profesor Pedro Zelaya Etchegaray, en materia sanitaria esta regla es contrariada, pues, quizás con un ánimo de proteger al paciente víctima de un daño, se ha consolidado una tendencia doctrinal y jurisprudencial que objetiviza la responsabilidad civil sanatorial, al entender que existe una obligación *“in solidum”* o una solidaridad pasiva entre el empresario y el o los agentes culpables del daño, lo que permite que el paciente pueda demandar por el total de la deuda a sólo uno de estos operadores medicales o a ambos conjuntamente³⁰⁴.

Debe destacarse, sin embargo, que la doctrina³⁰⁵ ha utilizado una terminología variopinta para referirse a este fenómeno, utilizando, por ejemplo, expresiones como obligaciones o responsabilidad solidaria, indivisible, *“in solidum”* y otros similares, pero destacando un objetivo común, esto es, la posibilidad del paciente de demandar por el total a cualquiera de los deudores

de responsabilidad médica con dos o más responsables. No podría, en consecuencia, el paciente víctima de la negligencia médica invocar la solidaridad en el ámbito contractual, debiendo reclamar la indemnización en conformidad a la participación en el daño. Si no existiera forma de determinar la cuota de participación en el daño, se dividirá por partes iguales, según el derecho común de las obligaciones. Se trata de un régimen poco satisfactorio, pues genera desequilibrios difíciles de entender para los ciudadanos, provocando una lejanía con la comprensión de la justicia”. PIZARRO W., Carlos. Ob. cit. (2011), 671p.

³⁰⁴ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 623-624pp.

³⁰⁵ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 571p; BUSTAMANTE A., Jorge. 1997. Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 166p.

de la prestación, que, en el caso en estudio, están representados por la empresa médica y el médico independiente³⁰⁶.

Así, por ejemplo, puede leerse a Marcelo López Meza y Félix Trigo Represas, quienes comentan que “la responsabilidad acumulada de la ‘obra social’ o de la entidad privada de medicina asistencial, así como la de el o los prestadores del servicio de salud, con relación a los afiliados o adherentes damnificados es una responsabilidad ‘indistinta’, *in solidum*, ‘conexa’ o ‘concurrente’; de forma tal que estos últimos pueden accionar por el todo contra uno solo, cualquiera, de todos ellos, o globalmente contra el conjunto de los presuntos responsables, o primero contra uno y por el saldo insoluto contra otro, en una situación que, al menos en lo que hace a las relaciones entre el acreedor y la pluralidad de los deudores, resulta ser prácticamente idéntica a la de la solidaridad”³⁰⁷.

El académico Bustamante Alsina, por su parte, aunque refiriéndose a la responsabilidad del grupo médico, señala que “[...] la situación de cada profesional interviniente en el acto quirúrgico, su obligación no es solidaria, aunque puede calificársela de *in solidum* o conexa o concurrente”³⁰⁸.

³⁰⁶ Escapa al presente trabajo investigativo, el definir cuál es la naturaleza de la obligación médica e indemnizatoria por daños sanatoriales, aunque las opiniones al respecto son útiles como un elemento interpretativo que funda la responsabilidad civil de las clínicas.

³⁰⁷ LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. Ob. cit. (2005), 571p.

³⁰⁸ BUSTAMANTE A., Jorge. Ob. cit. (1997), 166p.

De este modo, tanto la obligación de prestar el servicio médico como aquella indemnizatoria, nacida producto de los daños sanatoriales que se ocasionan a prestatarios de dicha actividad, se rigen por un fenómeno de corresponsabilidad indiferenciada de los agentes sanatoriales dibujados sobre un manto de indivisibilidad en el cumplimiento de las mismas, lo que facilita la reparación integral del daño que se le ocasiona a la víctima del daño. Sin duda, esta tendencia persigue brindar mayor protección al paciente, que es considerada la parte débil de esta relación jurídica y que, mediante un sistema que permite dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores por el total de la deuda u obligación dineraria equivalente, acrecienta la protección del prestatario del servicio médico.

Sin embargo, esta calificación de la obligación como mancomunada, solidaria o indivisible no es baladí, y tiene una enorme implicancia lógico-jurídica para definir cuál modelo teórico debe elegirse para estructurar las relaciones sanatoriales objeto del presente estudio.

En efecto, la defensa de una tesis que disocia los vínculos obligaciones, supone comprender el objeto de la obligación como divisible, fraccionable o partible, ya que descompone su contenido para entender que cada deudor es obligado a una prestación independiente y con otras características que la del otro de los deudores, pese a que exista una íntima relación con el propósito práctico del negocio celebrado, lo que justifica que uno de los deudores pueda

oponerse a indemnizar cuando los perjuicios se han causado por el incumplimiento de una obligación que no le cabía asumir.

En otras palabras, con esta construcción dogmática no se genera un problema de pluralidad de sujetos obligados a un mismo objeto, pues para cada obligación existe un solo deudor, que, de no satisfacerla, es responsable de manera autónoma, sin contagiar a los otros agentes que tienen sus propias obligaciones, aunque todas ellas relacionadas.

Muy por el contrario, la tesis bipartita levanta únicamente a dos centros de interés: por una parte, al prestatario del servicio médico (el paciente) y, por el otro, a los prestadores del mismo, integrado este último por todos los agentes sanatoriales que participan de la prestación médica. Por ende, no existe una disquisición del contenido obligacional que le corresponde a cada uno de los involucrados, sino que, acorde a la nuevo contexto fáctico-institucional, ella es única y debe ser satisfecha conjuntamente por todos los prestadores de la actividad galénica y, a su vez, frente a la generación de daños, siguiendo el mismo paradigma socializador, todos los deudores son obligados por el total al pago de las indemnizaciones que correspondan para reparar íntegramente el patrimonio de la víctima. En buen romance, existe una pluralidad de deudores obligados a un objeto único.

Como puede advertirse, la tendencia de entender que existe, en materia médica, una corresponsabilidad indiferenciada por el total de lo adeudado, se

complementa de mejor modo con la tesis bipartita, que cimienta su base sobre una obligación integral indivisible que es satisfecha por múltiples operadores, mientras que discrepa con los fundamentos de los modelos que disocian el contenido obligacional, los cuales proyectan obligaciones autónomas con unicidad de deudores.

En definitiva, el problema de la mancomunidad, solidaridad, indivisibilidad o corresponsabilidad, requiere de una pluralidad de sujetos obligados a un objeto único, ya que, en caso de existir sólo un deudor, no existirá duda que éste deberá satisfacer el total de la prestación para extinguirla, lo que determina que la estructura que plantea la tesis bipartita se engarce de mejor modo con esta característica que aquellas que disocian el contenido obligacional de los agentes sanatoriales.

d. En atención a la consecuencia que genera en el sistema y la legitimidad de su adopción.

- i. La adopción de este régimen incentiva a las empresas médicas a prevenir los daños, aliviando la carga individual de los médicos.**

La responsabilidad civil además de una herramienta resarcitoria, debe funcionar paralelamente como un instrumento preventivo³⁰⁹, en virtud del cual

³⁰⁹ No debe olvidarse que variados autores han criticado que el instrumento de la responsabilidad civil cumpla también una función preventiva, argumentando que es una contradicción pues el momento en que se enmarca la prevención es *ex ante*, mientras

aquellos que tienen una mejor posición económica y jurídica tomen las acciones necesarias para evitar o prevenir la ocurrencia de los daños y, en el evento de generarse, soporten, en la parte que les corresponda, los perjuicios que se originen.

En materia medical, quienes se encuentran en mejor posición para prevenir los perjuicios y soportarlos cuando se originen, en comparación a los médicos independientes y pacientes, son precisamente las empresas sanatoriales. Son estos agentes medicales quienes poseen un mayor y extenso dominio del mercado de la salud y de su propio establecimiento; están en

el sistema de responsabilidad civil actúa naturalmente *ex post*, precisamente frente a la generación de los perjuicios. En este sentido, LLAMAS P., Eugenio. Ob. cit. (2007), 446p. En una postura contraria, defendiendo a la prevención como fundamento de la responsabilidad civil, el profesor André Tunc quien lo denominaba la “prevención de comportamientos antisociales”. TUNC, André. 1989. *La responsabilité civile*. Paris, Editorial Económica. 135p. Los autores Hugo Cárdenas y Jaime Moreno, por su parte, agregan que debe reconocerse que “ni el principio, ni la finalidad de la Responsabilidad por Daños, pueden ser reducidos a un solo criterio, pues resultan de la conjunción de ciertos aspectos que se deben satisfacer tanto en el contexto social, como en el contexto de la reparación de las víctimas”. CARDENAS V., Hugo y MORENO M., Jaime. 2011. Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Santiago, Abeledo Perrot. 28p. Asimismo, Trimarchi, de manera elocuente, indicó que “la reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción [...], sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan”. TRIMARCHI, voz "Illecito". En: Enciclopedia del *Diritto*, vol. 20, Giuffrè, Milan, 1970, 106p. Por último, se ha opinado también que "bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad [...] la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido". SALVADOR C., Pablo y CASTIÑEIRA P., María Teresa. 1997. Prevenir y castigar. Madrid, Marcial Pons. 7-10pp.

mejores condiciones para contratar los seguros que garanticen eventuales daños; pueden calcular los costos de producción de sus servicios e introducir, como parte del costo de la prestación médica, la prima que se cobra para el aseguramiento de la actividad, lo que justifica que estos asuman responsabilidad cuando médicos independientes causan menoscabos a los pacientes en la ejecución de un acto médico en sus dependencias³¹⁰.

Los centros asistenciales internalizan el pago de la indemnización como un costo asociado al desarrollo de su actividad, traspasándolo a todos los usuarios del sistema de salud a la hora de pagar los servicios médicos que contratan³¹¹. En consecuencia, las instituciones sanatoriales, como explotadoras de la industria de salud, deben asumir como una inversión los desembolsos económicos para establecer mecanismos de seguridad, aseguramiento y prevención de daños eventuales, y como un costo de dicha explotación industrial, la indemnización por daños causados en la prestación de un acto médico³¹².

³¹⁰ El autor Jacques Ramsay afirma que la responsabilidad de la empresa médica, actúa como un motor, que da impulso a la implantación de programas de prevención, gestión de riesgos y evaluación estandarizada de los servicios en dichos establecimientos. RAMSAY, Jacques. 1998. *La responsabilité médicale au Québec: un constat et une analyse des avenues de réform*. Tesis para optar al Grado de Maestría en Derecho. Québec, Universidad de Sherbrooke, Facultad de Derecho. 102p.

³¹¹ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (2003), 205p.

³¹² Como explica María Josefina Tocornal, "la empresa no tiene sentimientos sino razonamientos y basa su actuar en este análisis costo/beneficio. Entonces, si una empresa se encuentra desarrollando el giro de establecimiento de salud es porque previó que su actividad podía causar un daño y ello se incorporó como un costo

El profesor Luis Díez-Picazo, citando la monografía de Trimarchi, enseña que si el sistema de responsabilidad “no atribuye al empresario el coste del riesgo que crea, puede ocurrir que empresas marginales o sectores marginales dentro de una empresa, puedan resultar activos desde el punto de vista empresarial, mientras que desde el punto de vista social son pasivos, porque destruyen un valor mayor del que producen y se mantienen con vida sólo en la medida en que una parte de su pasivo social, el costo del riesgo creado por ellas, sea pagado por el público [...] Por ello es preferible adoptar un sistema ágil, con una cierta dosis de automaticidad, como es la atribución al empresario del riesgo de empresa que constituye una presión económica para que la producción se racionalice desde el punto de vista social. Lo que puede ocurrir, según los casos, mediante la adopción de medidas complementarias de seguridad, mediante la sustitución del método de producción y, en los casos extremos, mediante el cierre de un sector de la empresa o clausura de la empresa misma”³¹³.

Refiriéndose a esta materia, el académico Pedro Zelaya apuntó que “el hospital – como empresa prestadora de un servicio más o menos integral de salud – sí tendría la capacidad de controlar los riesgos típicos e 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

empresa y aun así, el negocio era en teoría viable”. TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 100p.

³¹³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit. (1999), 112-113pp.

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”³¹⁴.

En otras palabras, se justifica que las clínicas asuman responsabilidad civil por los daños que causan médicos independientes, pues al conocer de mejor manera el funcionamiento de su mercado y las consecuencias asociadas a la producción de daños, incentivan a la prevención de esas contingencias adoptando las medidas de seguridad que sean necesarias para suprimir su generación o paliar sus efectos, lo que aliviana la carga de los galenos y beneficia a la sociedad en general³¹⁵.

Esta posición ha sido recogida por nuestra judicatura. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa caratulada “C/ Sandra Bentjerodt Paseck y Jean Paul Salles Stegen. Qte Juan C. Berrios Concha”³¹⁶,

³¹⁴ ZELAYA E., Pedro. Ob. cit. (1997), 638p.

³¹⁵ El autor Emmanuel Iheukwumere destacó el perverso efecto que, en la realidad estadounidense, trajo consigo la adopción de la doctrina de la inmunidad caritativa (*doctrine of charitable immunity*), que exoneraba de responsabilidad a los hospitales sin fines de lucro o caritativos a consecuencia de las negligencias médicas ocurridas en sus dependencias, atendido el desincentivo financiero a la prevención de daños sanatoriales y al desinterés de garantizar la seguridad de los pacientes. IHEUKWUMERE, Emmanuel. 2001. *Application of the Corporate Negligence Doctrine to Managed Care Organizations: Sound Public Policy or Judicial Overkill?* [en línea] *Journal of Contemporary Health Law & Policy* (17): 587-588pp. <<http://scholarship.law.edu/jchlp/vol17/iss2/7>> [consulta: 17 de octubre 2015]. Lo anterior es una muestra de la conveniencia de poner de cargo de aquél que está en mejor posición económica y jurídica el deber de prevenir y reparar los perjuicios que se generen al paciente por daños sanatoriales, como una forma de incentivo de las medidas de precaución para evitar los daños.

³¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 36.518-1998, caratulada “C/ Sandra Bentjerodt Paseck y Jean Paul Salles Stegen. Qte Juan C. Berrios Concha”.

pronunciada el 05 de junio del año 2001, falló que “quien está en situación de calcular de antemano los costos de la actividad empresarial riesgosa, de resguardarse de ellos a tiempo, de adoptar medidas distributivas que morigeren sus efectos financieros, y de potenciar adecuada y oportunamente los mecanismos atingentes, es justamente el hospital y no el enfermo, [...] En tan desigual relación, la justicia exige hacer recaer sobre la empresa hospitalaria una necesaria distribución de pérdidas consecuentes a las atenciones sanitarias abortadas, para que no sea el afectado quien soporte el costo de su mal, sino un sistema de antemano debidamente organizado y establecido [...]”.

En el centro de las medidas preventivas y distributivas de cargo de las clínicas se encuentran los mecanismos de aseguramiento, pues son las empresas sanatoriales quienes difuminan de mejor forma los daños que pueden causarse por médicos independientes, absorbiendo los daños y traspasándolos a la sociedad consumidora de estos servicios. Sin duda, este traspaso financiero puede ser en parte perjudicial para los clientes por el alza de precios de los servicios, sin embargo, el beneficio a largo plazo es superior si se tienen en cuenta los terribles efectos que produce para el paciente y su familia la ocurrencia de menoscabos originados en una negligencia médica, y las dificultades existentes para obtener su reparación integral.

No puede desconocerse que la vida en sociedad en general es creadora de riesgos, pero en la mayoría de los casos éstos son permitidos sin aplicar

especiales reglas de responsabilidad. La cuestión es diferente respecto de los riesgos sanatoriales que, en atención a su connotación física y psíquica, exige de mayores preocupaciones de cara al resguardo de los derechos fundamentales como son la vida y la salud de las personas.

Cabe aclarar que, con lo que se afirma, no se está desechando el elemento subjetivo que constituye el fundamento esencial sobre el cual se construye el sistema de responsabilidad civil, sino que esa responsabilidad fundada en la culpa, debe tener en cuenta la prevención y la distribución de los daños como factores importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de definir a los responsables en la reparación de los daños que se causan a los pacientes.

Es así como, conforme a estos factores, poco a poco se ha consolidado un fenómeno por el cual se estima civilmente responsable a un empresario por el hecho de no asegurar un riesgo típico de la empresa, ya que pudo y debió asegurarlo y no lo hizo, considerándose su omisión negligente como imputable al tener el dominio y dirección del actuar empresarial, fallando el sistema organizativo de la misma. Para precisar cuándo el empresario debe contratar el seguro, haciéndolo responsable en caso de omisión, deberá ponerse atención en lo normal o anormal de la asegurabilidad del riesgo que crea la empresa, la onerosidad del seguro tomado, y la facilidad para diluir en el precio del servicio el costo del seguro.

Aquellas tesis que disocian el contenido obligatorio, sacan de la órbita de las clínicas la ejecución de actos médicos, por lo que, si no reparan los daños, menos aún asumirán la carga de prevenir la generación de los mismos, lo que significa acrecentar la carga de los médicos y debilitar la indemnidad de los pacientes frente a la generación de daños sanatoriales. Por su parte, la concepción bipartita, al configurarse sobre la base de un contrato médico integral, pone el peso sobre ambos prestadores de salud, aliviando, en consecuencia, la presión sobre los médicos independientes³¹⁷, e imponiendo en las clínicas la carga de diseñar los mecanismos para prevenir la provocación de daños a los pacientes, pues en el caso de generarse el menoscabo deberán asumir el pago de la indemnización que corresponda en conjunto al facultativo independiente que causó el daño.

ii. La corporate negligence del Derecho estadounidense otorga legitimidad a la adscripción de este régimen.

El recurso de valerse de las experiencias extranjeras para enriquecer y profundizar las soluciones de un problema jurídico determinado, ha sido utilizado desde ya largos años por la literatura jurídica comparatista en todo

³¹⁷ Aquellas opiniones que, en los juicios de responsabilidad civil médica, por regla general, ponen de cargo del paciente la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión, también alivianan la carga de los médicos. Sobre esta posición, véase: CÁRDENAS V. Hugo. 2010. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/resultado (Una aproximación a través de casos de responsabilidad médica). En: Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección derecho privado VI. Chile, Ed. Universidad Diego Portales. 71-78pp.

ámbito de materias forenses. Es que no deja de ser interesante palpar cómo otros sistemas jurídicos han resuelto problemas que en la actualidad se suscitan en el territorio nacional, pues mediante ellas pueden suplirse lagunas u oscuridades del propio ordenamiento jurídico, ofrece ideas que sea conveniente importar para dar solución a una determinada problemática legal y brinda legitimidad a la adopción de una tesis aún en proceso de germinación en una cultura jurídica.

En la materia objeto de este estudio, la utilización de este instrumento resulta particularmente interesante, atendida la forma en que el sistema estadounidense ha calificado la prestación de los servicios impartidos por los establecimientos de salud³¹⁸ y las consecuencias jurídicas asociadas a la causación de perjuicios a los pacientes por intervenciones médicas de galenos independientes al nosocomio.

En efecto, se ha instaurado en ese país la doctrina de la negligencia corporativa (*corporative negligence*), a través de la cual se imputa directamente responsabilidad al sanatorio por los daños causados por médicos, a pesar que éstos no tengan una vinculación laboral con el nosocomio, pues se entiende que prestan un servicio médico integral, que le impone una serie de

³¹⁸ La autora Sal Fiscina, explica la evolución que sufrió en la cultura estadounidense la comprensión de la función propia de un hospital, desde un mero proveedor de la planta física y el equipamiento a un verdadero proveedor de atención de salud integral. Véase: FISCINA, Sal. Ob. cit. (2007), 373p.

obligaciones, que justifican su persecución en caso de generarse daños al prestatario³¹⁹.

Como afirma el autor Jacques Ramsay, en Estados Unidos se avanzó en el abandono de la responsabilidad individual de los médicos en favor de una responsabilidad ensanchada de la empresa médica, bajo el amparo de las doctrinas de la “*agency liability*” y a aquella de “*corporate liability*”, en que se proyecta a los establecimientos clínicos como empresas globales de salud³²⁰.

Este avance a la responsabilidad corporativa se explica, en gran medida, en que el hospital ya no mirado como un simple lugar de trabajo del médico, en que se proporciona meramente alojamiento, comida, la sala de operaciones, equipos sofisticados, enfermeras y personal auxiliar, sino que, hoy en día, es una corporación de atención integral de salud que juega un rol activo en el tratamiento del paciente, que, en consecuencia, es civilmente responsable de los eventuales daños que se ocasionan a los pacientes³²¹.

Así, una señera experiencia extranjera como la estadounidense, hace responsable a las empresas sanatorias por todos los daños que se causen por médicos que atiendan en sus dependencias, incluso cuando quienes lo ejecutan son independientes a la institución de salud o han sido contratados previamente por el paciente de manera particular, mediante un modelo que

³¹⁹ WILLIAM MITCHELL LAW REVIEW. Ob. cit. (1985), 576-581pp.

³²⁰ RAMSAY, Jacques. Ob. cit. (1998), 94 y ss. pp.

³²¹ FISCINA, Sal. Ob. cit. (2007), 373p.

impone un deber de prestación de servicios integrales a los establecimientos asistenciales. En un sentido similar, el modelo bipartito coloca a los establecimientos de salud como deudores de la prestación médica prestada, lo que les impone obligaciones similares a las que quedan sujetos en el marco de la doctrina de la *corporative negligence*, debiendo responder civilmente incluso por los actos médicos negligentes de facultativos independientes.

Si se analiza la evolución que ha sufrido la jurisprudencia norteamericana, puede observarse que, a lo largo de los años, pasó desde la ausencia de responsabilidad por los daños ocasionados por cualquier tipo de médicos³²², pasando por aceptar la responsabilidad por un médico dependiente³²³, siguiendo con el reconocimiento de la imputación directa al

³²² En este sentido, antiguos precedentes ingleses, que sirvieron de base a la cultura del *common law*, como aquél de 1906 denominado caso *Evans v. Liverpool Corporation* (*Evans v. Liverpool Corporation*, 1906 1 K.B. 160) y aquél del año 1909, caso *Hillyer v. St. Bartholomews Hospital* (*Hillyer v. St. Bartholomews Hospital*, 1909 2 K.B. 820), se resolvió que los nosocomios carecían de responsabilidad civil por los daños causados negligentemente por médicos de cualquier tipo, al “no tener el control sobre la actividad profesional”. De este modo, los sanatorios gozaban de un manto de irresponsabilidad amplísimo, pues incluso se ponía en duda su responsabilidad respecto de aquellos médicos que eran dependientes de la institución. MOSSET I., Jorge. Ob. cit. (1985), 112p.

³²³ Este paso se dio con el caso *Bing v. Thunig and Johns Episcopal Hospital* (*Bing v. Thunig and Johns Episcopal Hospital* 143 N.E. 2d 3, New York 1957), que dice relación a las graves quemaduras que sufrió la paciente Isabel Bing, luego que, en el preoperatorio de una cirugía de fisura anal, una solución antiséptica inflamable mojará sus sabanas, sin que nadie se percatara y, posteriormente, al utilizar el cauterizador eléctrico se prendieran las sábanas ocasionándole ingentes lesiones. El caso fue resuelto en 1957 por la Corte de Apelaciones de Nueva York, al sentenciar que el establecimiento de salud era responsable por el hecho de su dependiente, cuando el comportamiento negligente se produjera en el ámbito de su empleo. Así, se superó la inmunidad de las clínicas, configurándose una responsabilidad civil por el hecho de los dependientes.

hospital por los daños causados por este tipo de médicos³²⁴, hasta culminar con la teoría de la negligencia corporativa³²⁵, que concentra la responsabilidad civil

³²⁴ Esto ocurrió con el caso *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital* (*Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*, 33 Ill.2d 326, 211 N.E.2d 253, 14 A.L.R.3d 860, Ill. Sep 29, 1965), en el cual un paciente llamado Dorrence Kenneth Darling se quebró la pierna jugando fútbol y es hospitalizado de urgencia en el sanatorio demandado que le diagnosticó fractura de tibia y fíbula. El procedimiento clínico ejecutado fue enyesar su pierna, la cual quedó bajo bastante presión, cuestión que hizo saber el paciente mostrando el hinchamiento, oscurecimiento e insensibilidad de los dedos de los pies, síntoma que fue ignorado por los galenos. En los días posteriores, se le cortó el yeso lesionando de inmediato la pierna debido a lo ajustado que se encontraba el yeso y, a consecuencia de la falta de circulación de sangre en dicha extremidad, ésta debió amputársele. La Corte de Apelaciones de Illinois, en el año 1964, concluyó que el personal actuó de manera negligente, pues, pese a la evolución negativa del paciente, no se obró diligentemente para evitar el daño. Asimismo, se adujo que Dorrence Kenneth Darling fue paciente tanto del galeno como del sanatorio, teniendo ellos obligaciones con éste, por lo que ambos deudores eran directamente responsables de haber causado el daño, denegándose la defensa del hospital en cuanto a que sólo prestaba servicios hoteleros. Sin duda, la imposición de responsabilidad civil a la institución sanatorial, estuvo auxiliada porque los médicos que habían intervenido habían llegado a un acuerdo con el paciente, razón por lo que la acción civil indemnizatoria continuó sólo en contra el nosocomio, lo que facilitó que todos los razonamientos estuvieran orientados a establecer si se configuraban o no los supuestos de responsabilidad civil respecto de ese agente médico. De esta forma, un hospital ya no era responsable únicamente por el hecho ajeno de sus médicos dependientes por medio de la doctrina del *Respondeat Superior*, sino que podía ser directamente responsable de la generación de los daños. La autora María Josefina Tocornal, explica la interrelación entre ambas doctrinas, señalando que, “tradicionalmente en Estados Unidos los establecimientos de salud pueden ser responsables por dos teorías: la responsabilidad del superior por el dependiente o la responsabilidad por negligencia corporativa. En la primera no existe un deber del hospital hacia el paciente sino que la responsabilidad civil institucional es una derivación de la relación jurídica entre el superior y su dependiente. Por el contrario, en la responsabilidad corporativa se han incumplido deberes que tiene directamente el hospital hacia el paciente”. TOCORNAL C., María. Ob. cit. (2013), 91p.

³²⁵ Uno de los primeros casos en que se reconoció la teoría de la *negligence corporative*, fue en el año 1991, en el caso *Thompson v. Nason Hospital* (*Thompson v. Nason Hospital*, 527 Pa. 330, 591 A.2d 703, Pa. 1991), en el que la Corte Suprema de Pennsylvania decidió que, aun cuando los médicos no fueren considerados técnicamente como empleados del hospital, esto es, pese a que los galenos gozaran de mayor independencia al nosocomio, el sanatorio era civilmente responsable por los daños negligentemente ocasionados al paciente, sin perjuicio de la propia responsabilidad que les cabe a los facultativos como causadores del daño. Para un análisis de la teoría de la negligencia corporativa a propósito del caso *Thompson v.*

en el propio centro de salud, la cual se consolidó posteriormente con una serie de sentencias judiciales que ampliaron su ámbito de aplicación³²⁶, lo cual es una

Nason Hospital, véase: BLUMENREICH, Gene. 2005. *The Doctrine of Corporate Liability*. *AANA Journal* 73(4): 255-256pp.

El juicio versó sobre el tratamiento otorgado a una mujer en *Nason Hospital*, luego de sufrir múltiples lesiones a consecuencia de un accidente automovilístico, que, después de ingresada en el hospital, se tradujo en complicaciones neurológicas por el desarrollo de un hematoma intracerebral que no fue detectado oportunamente por el sanatorio y que causaron severos daños a la paciente, pese a estar bajo el cuidado de varios médicos y personal del mismo centro médico. El fallo concluyó que el hospital era responsable directamente por los daños causados a la paciente, estableciendo que a todo hospital se le impone una serie de deberes u obligaciones, que no pueden ser delegados a los médicos que prestan sus servicios en el mismo, entre las que se encuentran: (1) el deber de cuidado razonable en el mantenimiento de instalaciones y de equipos seguros y adecuados para los pacientes; (2) el deber de seleccionar y retener a galenos competentes; (3) el deber de supervisar el comportamiento de quienes practican la medicina en sus dependencias, en lo referente a la atención al paciente³²⁵; y (4) el deber de formular, adoptar y hacer cumplir las normas y políticas adecuadas para garantizar una atención de calidad a sus pacientes. Asimismo, concluyó que los centros clínicos se han "convertido en corporaciones altamente sofisticadas que operan principalmente en base de pago por servicio. El hospital corporativo de hoy ha asumido el papel de un centro de salud integral con la responsabilidad de organización y coordinación de la atención integral de la salud de sus pacientes".

³²⁶ Así, por ejemplo, en el caso de *Shannon v. McNulty* (*Shannon v. McNulty*, 718 A.2d 828, Pa. Super, 1998), cuya sentencia se dictó el 05 de octubre del año 1998, la Corte Suprema de Pennsylvania amplió la doctrina de la negligencia corporativa a las organizaciones de gestión de la salud, también denominadas HMO, por estar realizando funciones asimilables a las de un propio hospital, concluyendo que prestaban un servicio médico integral. El ensanchamiento de esta doctrina prosiguió en el año 2010, con el caso *Scampone v. Grane Health Care Company* (*Scampone v. Grane Salud, Co.*, 11 A.3d 967, Pa. Súper., 2010), en el cual la Corte de Pennsylvania aplicó la tesis de la negligencia corporativa a los centros de enfermería especializada de ancianos, a quienes obligó a proporcionar una atención médica integral y responder directamente por los daños que se causan en sus dependencias, entendiendo que un hogar de ancianos que presta servicios especializados en enfermería, es análogo a un hospital en cuanto al nivel de su participación en el cuidado de la salud general del paciente, pues proporciona cuidado físico integral y continuo de sus pacientes, que incluso es de mayor grado de permanencia en el tiempo si se le compara a los servicios que ofrece un establecimiento clínico. Por último, dentro de esta tendencia expansiva de la doctrina de la *negligence corporative*, en el caso *Farrell v. Aspen Dental* (*Farrell v. Aspen Dental*, No. 2010 CV 7333, Lackawanna, 2012), en donde el Tribunal de Lackawanna sentenció que una organización de servicio dental ofrece una atención integral de salud y, en consecuencia, amplió el concepto de prestación de

muestra que el proceso jurisprudencial chileno está siguiendo idéntica ruta, aunque en una fase más retrasada, pero en que inexorablemente terminará con el reconocimiento de una responsabilidad mancomunada o socializada centrada en las empresas médicas.

La teoría de la negligencia corporativa, al imponer al establecimiento sanatorial un conjunto de deberes que comprenden la prestación del servicio médico al paciente, incluso cuando participan médicos sin dependencia laboral, pretende que los nosocomios sean instituciones que, en su carácter de organizaciones empresariales del área de la salud, controlen todos los aspectos referentes a la ejecución del servicio médico, impidiéndose limitar su obligación a meras prestaciones anexas al acto sanitario referentes a aquellas extramédicas o paramédicas (como lo postula la tesis atomista), calificando su obligación como un servicio médico integral de cara al paciente.

Según se ha expuesto, la finalidad del modelo bipartito es bastante similar al perseguido por la doctrina de la *negligence corporative*, esto es, colocar al centro asistencial como parte deudora del contrato de servicios médicos, de modo que tenga la obligación de prestar una atención integral para satisfacer el interés jurídico del paciente-acreedor y que, para el caso de causarle daños, deba asumir la responsabilidad civil de indemnizar esos

servicios médicos integrales, ya que no requirió para estar englobado en dicha noción que el servicio de salud se prestara a la integridad del cuerpo de una persona, sino que bastó que se refiriera a un servicio integral en una zona específica del cuerpo, como en el caso fue la zona bucal, expandiendo los contornos de la doctrina en estudio y consolidando su aplicación en materia sanitaria.

perjuicios conjuntamente con el galeno independiente que participó en la ejecución del acto médico, disuadiendo que puedan aducirse defensas como aquella que postula que sólo desempeñan funciones hoteleras, que constituyen o lindan en la irresponsabilidad civil sanitaria institucional.

De cierto modo, la evolución de la responsabilidad sanatorial desde el campo a individual al corporativo o institucional, ha traído consigo un ensanchamiento de la órbita obligacional de los nosocomios, integrando no sólo los servicios de mera asistencia, sino que el acto médico propiamente tal.

La experiencia estadounidense, ofrece un parangón interesante de la aplicación de un modelo de responsabilidad civil sobre las empresas sanatoriales en aquellos casos que son médicos independientes al nosocomio quienes causan el daño al paciente, lo que demuestra que, en otras culturas jurídicas, existe el recogimiento de una tesis similar a la del contrato médico integral o bipartito, que brinda legitimidad a su aplicación en nuestro territorio.

CONCLUSIONES

1.- La nueva sociedad de masas es muy diferente a aquella que regía en el siglo XIX e incluso de aquella imperante hasta mediados del siglo XX, pues hoy existe el permanente requerimiento de eficiencia, rapidez y calidad en la ejecución de los servicios en todo ámbito, además de la transnacionalización de las economías, lo que ha supuesto que se pase desde la prestación de la actividad de manera solitaria a una ejecución mancomunada por un conjunto de agentes que actúan concatenados para satisfacer el interés del acreedor.

En materia sanatorial, quienes han liderado esta transformación son las empresas sanatoriales, aunando al conjunto de actores médicos a través de una red de contratos para que todos de manera pluriparticipativa presten el servicio médico al paciente. Sin embargo, esta tendencia colectivista se ve reflejada también en otros actores como los grupos y equipos médicos, las sociedades de profesionales médicos, las Isapres y el nuevo tipo de relaciones médico-nosocomio, ya no sujetas a típicos contratos laborales, sino que a través de simples contratos de honorarios con los profesionales o meros privilegios o habilitaciones para que, aquellos galenos que se han denominado comúnmente como independientes, presten servicios en dependencias del sanatorio.

2.- Una de las tendencias más notorias que pueden observarse a nivel de organización sanatorial para la prestación de servicios médicos a los pacientes, es la utilización por parte de las clínicas de galenos denominados comúnmente como independientes. La razón de tal modo de proceder es evidente: cualquier negligencia que cometan estos facultativos ocasionando un daño al paciente, permitirá a las clínicas oponer defensas para exonerarse de la responsabilidad civil que le es propia, ya sea por carecer de un vínculo de dependencia con éste, lo que impide imputar responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno o porque permite disociar los vínculos obligacionales de cada uno, imponiendo a este galeno privado la ejecución del acto médico, restringiendo la institución asistencial su prestación a aquellos servicios que se han denominado extramédicos y paramédicos.

3.- La noción de “médico independiente”, contiene en su seno una contradicción lógica insalvable: si se requiere que este facultativo cuente con acreditación o habilitación oficial de la clínica para prestar un servicio médico en ella, malamente puede sostenerse que aquel profesional se encuentra aislado y es autónomo a dicho agente de salud, pues perentoriamente requiere de aquél para llevar a cabo la actividad, lo que desdibuja su supuesta independencia que lo define y hace nacer en la clínica que le otorga el privilegio, un conjunto de deberes permanentes de control, supervigilancia y revisión de sus antecedentes profesionales, de su calidad profesional y su experiencia que justifiquen la acreditación brindada.

Evidentemente, si se asume que la clínica responde jurídicamente por los actos negligentes que causan daños de este tipo de galenos, su participación en la ejecución del servicio sanatorial no le es ajena y, en consecuencia, la propia noción de independencia pierde su razón de ser. Es precisamente su vinculación con las clínicas por medio de autorizaciones o privilegios para intervenir en sus dependencias, las que fundamentan que pueda imputarse responsabilidad civil a las empresas de salud. Por ello, parece recomendable abandonar dicha nomenclatura, pues tal independencia no es tal y distorsiona el análisis de la responsabilidad de las clínicas.

4.- Frente a la colectivización en la forma de ejecutar los servicios sanatoriales, se puede constatar que los criterios mediante los cuales se atribuye responsabilidad civil frente a la generación de perjuicios a terceros, mantiene las mismas clásicas fórmulas individualistas en las que se concentra la responsabilidad en sólo algunos de los agentes participantes, pese a la composición transindividual del ejercicio galénico moderno.

Pareciera que el esplendor de la simplicidad de las relaciones interindividuales típicas de la época decimonónica, ha traspasado las fronteras del tiempo, no en cuanto a que se conserven ese tipo de operaciones en el tráfico jurídico actual, sino porque los criterios atomistas con que se resuelven los problemas de responsabilidad civil, se mantienen inalterados, pese al evidente desacomodamiento frente al nuevo escenario imperante, lo que

acarrea consecuencias injustas para quienes componen el engranaje de tal operatividad.

5.- Es posible apreciar que confluyen o coexisten dos paradigmas inconciliables que causan incoherencias no sólo relevantes para la perfectibilidad del sistema, sino que para una justa reparación de quienes sufren perjuicios en materia médica. Por una parte, una faceta de tinte colectivo o mancomunado para la prestación del servicio médico, con la participación de un conjunto de agentes para satisfacer el interés del acreedor; por el otro, una faceta singularizadora o atomizadora en la atribución de responsabilidad civil cuando se generan daños a terceros. La desarmonización entre la estructuración y el vehículo atributivo, no trae buenos réditos, pues la medida del guante no se condice con el tamaño de la mano, lo que hace imposible soluciones sujetas al principio de justicia.

6.- La paradoja entre estructuración y régimen de responsabilidad es evidente en aquellos casos en que un paciente sufre algún daño en la ejecución de un acto médico por alguno de aquellos galenos denominados independientes, contratados previamente por el paciente, pues, pese a que han participado ambos operadores en la prestación del servicio médico, las clínicas han diseñado una tesis – acogida por parte de la doctrina y jurisprudencia – tendiente a atomizar la atribución de responsabilidad, limitando su contenido obligacional exclusivamente a los actos extramédicos y paramédicos,

pretendiendo, de ese modo, negar su carácter de prestador médico y, así, exonerarse de toda responsabilidad por los daños que se causen en la ejecución del acto médico.

Esta limitación de las clínicas a la composición de su obligación con los pacientes, constituye un innegable retroceso, pues significa reconocer que los establecimientos de salud pueden ser meras instituciones hoteleras, desprendidas de aquello que define su esencia, como es la prestación de servicios médicos y, sin embargo, en la actualidad es posible apreciar transversal y recurrentemente esta defensa por parte de los nosocomios en los juicios de responsabilidad civil médica en que están involucrados clínicas y estos médicos particulares contratados por los pacientes.

7.- Entre los modelos que explican la forma en que se relacionan el sanatorio, el médico particular y el paciente, se encuentran primeramente, aquellas tesis que disocian la responsabilidad civil de los agentes sanitarios, entre ellas la teoría tripartita, que se cimienta en el instituto de la estipulación a favor de un tercero, y la teoría atomista o individualista, que disgrega el vínculo obligacional para conformar subrelaciones con contenidos prestacionales más acotados que permitan la singularización de la imputación, los que de una u otra forma cercenan el derecho de indemnidad del paciente y concluyen normalmente con la irresponsabilidad civil de los establecimientos sanatoriales.

En una posición intermedia se encuentra aquella versión del modelo atomista que se denominó “individualismo moderado”, en el cual, al igual que el atomismo clásico que se ha descrito, distingue diversas relaciones jurídicas que vinculan al paciente con dos o más de los agentes sanatoriales involucrados, pero en la cual se postula que todas estas relaciones están íntimamente imbricadas en atención al fin del negocio, lo que conduce a la inseparabilidad de la prestación sanatorial, acarreando, en definitiva, la responsabilidad civil de los establecimientos sanatoriales en el marco de tal indisolubilidad.

Por último, existe un modelo que se denomina bipartito o de contrato médico integral, el cual mancomuna o aglutina la responsabilidad civil en la totalidad de los operadores que han participado en la ejecución del servicio, estructurando la relación entre prestadores y prestatarios en dos polos de interés o dos partes: por un lado, al prestatario del servicio médico, representado por el paciente; y por el otro, a los prestadores de aquel servicio, quienes están obligados conjuntamente a la ejecución de la actividad galénica comprometida. Se han esgrimidos varios argumentos por los cuales debe adscribirse a este modelo, el cual permite alcanzar una coherencia entre la fase de cumplimiento y la faceta de incumplimiento, ambas basadas en criterios colectivistas, lo que se ajusta de mejor modo a la realidad práctica en que se desenvuelve contemporáneamente la actividad sanatorial y salvaguarda de manera idónea el derecho del paciente a ser reparado de manera íntegra frente a la generación de perjuicios.

9.- Para finalizar, bien vale la pena reconocer que en la presente investigación existen ciertas materias que, por razones de extensión, no han sido desarrolladas a cabalidad, por ejemplo, la indagación dogmática, desde la teoría de la acción colectiva, de la estructuración de la relación entre prestadores y prestatarios en dos polos de interés y las cuestiones procesales que surgen por el ejercicio de la acción en contra de los deudores de la prestación médica, las que espero poder desarrollar en el futuro, en la idea de sistematizar y modernizar un área tan interesante en el Derecho de Daños, como es la responsabilidad civil sanatorial.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK M., René. 1983. Las Obligaciones. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
2. ABRAHAM, Kenneth y WEILER, Paul. 1994. *Enterprise Medical Liability and the Evolution of the American Health Care System. Harvard Law Review* (108).
3. ACOSTA R., Vicente. 1990. De la responsabilidad civil médica. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
4. ALESSANDRI R. Arturo. 1943. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago, Imprenta Universitaria.
5. ALONSO E., Francisco. 2012. La sociedad profesional y su régimen de gobierno. En: Las sociedades de profesionales: Estudios sobre la Ley 2/2007 de 15 de marzo. España, Civitas.
6. ALONSO T., María Teresa. 2007. El problema de la concurrencia de responsabilidades. 2ª ed. Santiago, Editorial LegalPublishing.
7. ALTERINI, Atilio; AMEAL, Oscar y LÓPEZ C., Roberto. 1977. Curso de obligaciones. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 4.
8. ANDRADE, Cristián. 2001. El contrato de salud previsional. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
9. ATRIA, Guillermo. 1936. De la Estipulación en Provecho de Tercero. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
10. BANCHIO, Enrique. 2004. Responsabilidad obligacional indirecta: hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3).
11. BARRÍA D., Rodrigo. 2008. El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Memoria para optar al grado de doctor en

Nuevas Tendencias en Derecho Privado. Salamanca, España, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho.

12. BARROS B., Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
13. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE. 1897. *Traite théorique et pratique de droit civil. Des obligations*. Paris, Sirey, t. XII.
14. BIANCHI, Enrique e IRIBARNE, Héctor. s.a. El principio general de la buena fe y la doctrina *venire contra factum proprium non valet*. Revista El Derecho (106).
15. BLUMENREICH, Gene. 2005. *The Doctrine of Corporate Liability*. *AANA Journal* 73(4): 255-256pp
16. BONVICINI, Eugenio. 1971. *La responsabilità civile*. Milan, Giuffrè Editore.
17. BORDA, Alejandro. 2005. La teoría de los actos propios. 4ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
18. BUERES, Alberto. 1992. Responsabilidad civil de los médicos. 2º ed. Buenos Aires, Hammurabi, t. I.
19. BUERES, Alberto. 1981. Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales. Buenos Aires, Abaco.
20. BUSTAMANTE A., Jorge. 1997. Responsabilidad civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
21. BUSTAMANTE A., Jorge. 1972. Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
22. CALDERA, Hugo. 1982. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
23. CALVO C., Carlos. 2012. Incorrecta invocación de la obligación de seguridad en la responsabilidad médica. Revista La Ley 2012-C.
24. CAMPINS V., Aurora. 2000. La sociedad profesional. Madrid, Civitas.

25. CÁRDENAS V., Hugo. 2014. La clínica como arrendadora de espacio e infraestructura. Análisis de una defensa recurrente. En: Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valparaíso.
26. CÁRDENAS V., Hugo. 2012. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho (inérita). Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
27. CARDENAS V., Hugo y MORENO M., Jaime. 2011. Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio. Santiago, Abeledo Perrot.
28. CÁRDENAS V. Hugo. 2010. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/resultado (Una aproximación a través de casos de responsabilidad médica). En: Responsabilidad médica, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección derecho privado VI. Chile, Ed. Universidad Diego Portales.
29. CLARO S., Luis. 1937. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago, Imprenta Nacimiento, t. XI.
30. COFRÉ M., Carlo. 2010. La estipulación por otro. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos (1).
31. COPETTA M., Claudia. 2013. Prestadores de Salud, Isapres y Holdings: ¿Relación Estrecha? Departamento de Estudios y Desarrollo de la Superintendencia de Salud.
32. CORRAL T., Hernán. 2004. Responsabilidad del Estado por daños producidos por sus servicios de salud. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3).
33. CORRAL T., Hernán. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
34. CORREA E., Ana y VALDIVIA, Barría. 2000. El contrato de servicios médicos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
35. COURT M., Eduardo. 1998. Responsabilidad civil médica. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (19).

36. CRÉPEAU, Paul-André. 1981. *La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien*. *McGill Law Journal* (26).
37. CRÉPEAU, Paul-André. 1977. *La responsabilité civile du médecin*. R.D.U.S. (8).
38. DE ANGEL Y., Ricardo. 1993. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid, Civitas.
39. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. 1991. *El negocio Jurídico*. Madrid, Civitas.
40. DE LA FUENTE D., Gregorio. 1995. *Las Isapres*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
41. DE LA MAZA R., Lorenzo. 1989. *El contrato de atención médica*. *Revista Chilena de Derecho* 16(1).
42. DELGADO G., Antonio. 1996. *Las Sociedades profesionales: el ejercicio en común de Las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*. Madrid, Edersa.
43. DI MAJO, Adolfo. 1997. *La responsabilità contrattuale*. Torino, Giappichelli Editore.
44. DÍAZ M., Nadia. 2008. *El precio en el contrato de salud*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
45. DÍEZ-PICAZO, Luis. 1999. *Derecho de Daños*. Madrid, Civitas.
46. DÍEZ-PICAZO, Luis. 1963. *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Barcelona, Bosch.
47. DIEZ U., Sergio. 1999. *Personas y valores: su protección constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
48. FERNÁNDEZ C., Javier. 1988. *El contrato de servicios médicos*. Madrid, Civitas.

49. FERNÁNDEZ C., Javier. 1987. Responsabilidad civil médica y hospitalaria. Madrid, Editorial La Ley.
50. FERNÁNDEZ H., José Manuel. 1983. Responsabilidad civil médico-sanitaria. Pamplona, Aranzadi.
51. FIAMMA, Gustavo. 1989. La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio. *Revista Chilena de Derecho* (16).
52. FISCINA, Sal. 2007. *Liability of Health Care Entities for Negligent Care*. En: *Legal medicine. American College of Legal Medicine Textbook Committee. Philadelphia*. Sandy Sanbar editor. 373 y ss. pp.
53. FRIGIERI, Víctor. 2000. Responsabilidad médica relación médico-paciente. Primeras Jornadas de Derecho Médico, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (2).
54. GALÁN C., Julio. 2007. Responsabilidad Civil Médica. Madrid, Civitas.
55. GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. 2013. Un análisis económico de la integración vertical entre isapres y prestadores. [en línea].
56. GALGANO, Francesco y MARELLA, Fabrizio. 2001. Interpretación del contrato y *lex mercatoria*. *Revista de Derecho Comparado* (3).
57. GALGANO, Francesco. 1992. Contratos con causa mixta y contratos coligados. En: *El Negocio Jurídico*. Valencia, traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Editorial Tirant Lo Blanch, Cap. IV, Sec. 2ª, N° 26.
58. GARCÍA B., Manuel y MOLINOS C., Juan. 1995. Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica: (aspectos jurídicos y médico forense). Granada, Editorial Comares.
59. GARRIDO M., Mario. 2000. Responsabilidad médica. Santiago, Primeras Jornadas de Derecho Médico, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (2).

60. GHERSI, Carlos. 1995. Responsabilidad profesional. Principios generales. Buenos Aires, Editorial Astrea, t. I.
61. GIROUX, Chantal. 1992. *Fondements de la responsabilité hospitalière pour le fait des médecins et des résidents*, Memoria de Maestría. Montreal, Universidad de Montreal, Facultad de Estudios Superiores.
62. GONZALEZ M., Luis. 1990. La responsabilidad civil del médico. Barcelona, Bosch.
63. GUAJARDO C., Baltazar. 2002. Aspectos de la responsabilidad civil médica. Santiago, Librotecnia.
64. HARDY, Trotter. 1986. *When Doctrines Collide: Corporate Negligence and Respondeat Superior When Hospital Employees Fail To Speak Up*. Faculty Publications. Paper 648.
65. HENRIQUEZ O., Matías. 1996. La responsabilidad penal del equipo médico. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
66. HUEPE, Fabián. 2007. Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa. Santiago, LexisNexis.
67. IHEUKWUMERE, Emmanuel. 2001. *Application of the Corporate Negligence Doctrine to Managed Care Organizations: Sound Public Policy or Judicial Overkill? Journal of Contemporary Gealth Law & Policy* (17).
68. JOLLEY, Kelly. 2002. *Simmons v. Toumey Regional Medical Center and Osborne v. Adams: Expanding or Limiting Patients' Access to Quality Care? South Carolina Law Review* (54).
69. JORDANO F., Francisco. 1987. La responsabilidad contractual. Madrid, Civitas.
70. JOSSERAND, Louis. 1939. Derecho civil. Teoría general de las obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, t. II, vol I.
71. KRAUT, Alfredo. 1998. Responsabilidad civil de los psiquiatras (en el contexto de la práctica médica). Buenos Aires, La Rocca.

72. LAGOS N., Patricio. 1990. La responsabilidad objetiva. Santiago, Editorial Paced.
73. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. 1987. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. Revue trimestrielle de Droit Civil.*
74. LARRAÑAGA, Osvaldo. 1997. Eficiencia y equidad en el sistema de salud chileno. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Reformas financieras al sector salud en América Latina y el Caribe (49).
75. LARROUMET, Christian. 2006. Responsabilidad Civil Contractual. Algunos temas modernos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
76. LE TOURNEAU, Philippe. 2002. *Droit de la responsabilité et des contracts.* Paris, Dalloz.
77. LE TOURNEAU, Philippe. 1982. *La responsabilité civile.* 3ª ed. Paris, Dalloz.
78. LACASSAGNE A., Martin. 1921. *Précis de Médecine Légale.* Paris, Masson.
79. LEÓN H., Avelino. 1990. La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
80. LÓPEZ M., Marcelo y TRIGO R., Félix. 2005. Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires, Editorial LexisNexis.
81. LÓPEZ M., Marcelo – BELLO J., Domingo – CESANO, José – LE TOURNEAU, Philippe – SANTOS B., Jorge. 2007. Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria. Buenos Aires, Ubijus.
82. LÓPEZ S., Jorge. 2010. Los Contratos. Parte General. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
83. LÓPEZ S., Jorge. 1998. Las cadenas de contratos o contratos coligados. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (19).

84. LORENZETTI, Ricardo. 1998. La Empresa Médica. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
85. LORENZETTI, Ricardo. 1996. Nuevos enfoques de la responsabilidad profesional. La Ley C-1172.
86. LORENZETTI, Ricardo. 1986. Responsabilidad civil de los médicos. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
87. LOVECE, Graciela. 2000. El consumidor y el siglo XXI. En: Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación. 2ª ed. Argentina, Hammurabi, coordinador Carlos A. Ghersi.
88. LLAMAS P., Eugenio. 2007. Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de daños. En: La responsabilidad civil y su problemática actual. España, Editorial Dykinson.
89. LLAMAS P., Eugenio. 2000. Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba. En: Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. España, coordinador Moreno Martínez J.A., Editorial Dykinson.
90. LLAMAS P., Eugenio. 1998. La responsabilidad civil del médico. Madrid, Trivium.
91. MARTÍNEZ, Alonso. 2007. Las sociedades profesionales: Análisis práctico de su nueva regulación. Barcelona, Experiencia Ediciones.
92. MARTÍNEZ E., José. 2003. La responsabilidad patrimonial de los servicios de salud. Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes (7).
93. MAZEN, Jean. 1934. *Essai sur la responsabilité civile des médecins*. Paris, Dalloz.
94. MÉMETEAU, Gérard. 2001. *Une lecture française d'un arrêt québécois*. *Revue du Barreau* (61).
95. MOLINA P., Marcia; FRIAS M., Rodrigo y GAY S., André. 1995. La Estipulación por Otro: Comentarios y Aportes a una discusión. *Revista de Derecho de Valdivia* (6).

96. MORALES M., Antonio. 2006. El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico). La modernización del derecho de las obligaciones. Madrid, Civitas.
97. MORELLO, Augusto. 2005. Las derivaciones interhospitalarias y los deberes secundarios de conducta. Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Santa Fe, Editorial Universidad Nacional del Litoral.
98. MOSSET I., Jorge y PIEDECASAS, Miguel. 2005. Derecho y Moral. En: Responsabilidad civil y contratos. Contratos: aspectos generales. Argentina, Rubinzal-Culzoni.
99. MOSSET I., Jorge. 1985a. Responsabilidad civil del médico. Buenos Aires, Astrea.
100. MOSSET I., Jorge. 1985b. Seguros y responsabilidad civil. Responsabilidad Civil del médico. Buenos Aires, Astrea.
101. ORGAZ, Alfredo. s.a. El consentimiento del damnificado. Revista La Ley (150).
102. PANTOJA, Rolando. 1987. Bases generales de la administración del Estado. Santiago, Editorial Ediar Cono Sur Ltda.
103. PARELLADA, Carlos. 1992. Responsabilidad del equipo médico. Las responsabilidades profesionales. La Plata, Editorial Platense, libro homenaje al Dr. Luis O. Andorno.
104. PIZARRO W., Carlos. 2014. Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 1 (21).
105. PIZARRO W., Carlos. 2011. Mal praxis en el equipo médico. Rev. Méd. Chile 139(5).
106. PIZARRO W., Carlos. 2006. La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley del Auge en perspectiva civil. En: JORNADAS CHILENAS de Derecho Civil, Santiago, LexisNexis.

107. PIZARRO W., Carlos. 2003. La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno. Revista Chilena de Derecho Privado Fundación Fernando Fueyo Laneri (1).
108. PUIG B., José. 1951. Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios. Barcelona, Ediciones Ariel.
109. PRADO S., Augusto y SALAMERO R., Antonio. 2006. Isapres y contrato previsual de salud. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
110. PREVOT, Juan. 2008. Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
111. RAMOS P., René. 1993. De la estipulación en favor de otro. Revista de Derecho Universidad de Concepción (193).
112. RAMSAY, Jacques. 1998. *La responsabilité médicale au Québec: un constat et une analyse des avenues de réform.* Tesis para optar al Grado de Maestría en Derecho. Québec, Universidad de Sherbrooke, Facultad de Derecho.
113. RODRIGUEZ G., Pablo. 2010. Responsabilidad extracontractual colectiva. Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo (21).
114. RODRÍGUEZ G., Pablo. 2005. Acerca del artículo 1679 del Código Civil. Revista de Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (12).
115. ROSS, Alf. 1963. Sobre el derecho y la justicia. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Editorial Universitaria Buenos Aires.
116. SALAS N., Héctor. 1941. La Estipulación por otro. Concepción, Salesiana.
117. SALVADOR C., Pablo y CASTIÑEIRA P., María Teresa. 1997. Prevenir y castigar. Madrid, Marcial Pons.
118. SANHUEZA, Ricardo. 2005. Bases para una teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado administrador chileno. Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho Público

con mención en Derecho Constitucional. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.

119. SANSÓN R., María Victoria. 2000. La *stipulatio alteri* en el Derecho Romano. Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna (17).
120. SANTOS B., Jaime. 1981. La Responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y Derecho Procesal. Madrid, Montecorbo.
121. SANTOS B., Jaime. 1966. La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno. Madrid, Montecorbo.
122. SIERRA A., Guillermo. 2004. Los médicos ante la globalización mundial. Segundo Seminario Internacional de Derecho Sanitario, coordinador Osvaldo Romo Pizarro, Cuadernos Jurídicos Universidad Central de Chile (3).
123. SILVA C., Enrique. 1995. Derecho Administrativo chileno y comparado. El servicio público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
124. SOTO KLOSS, Eduardo. 2007. ¿Es la responsabilidad del Estado una responsabilidad 'extracontractual' como para aplicarle las normas reguladoras del Código Civil en la materia? Gaceta Jurídica (329).
125. SOTO K., Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II.
126. STIDVENT, Christopher. 1999. *Tort Reform in Alaska. Much ado about nothing? Alaska Law Review* 1(16).
127. TAMAYO J., Javier. 2008. Tratado de Responsabilidad Civil. 3ª reimpresión. Bogotá, Editorial Legis.
128. TOBAR, Javier. 2012. Mercado de Salud Privada en Chile. Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
129. TOCORNAL C., Josefina. 2014. La responsabilidad civil de clínicas y hospitales. Santiago, LegalPublishing.
130. TOCORNAL C., María. 2013. La responsabilidad sanitaria institucional: una propuesta de armonización entre los establecimientos de salud públicos y privados. Memoria para optar al

grado de Doctor en Derecho. Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho.

131. TOSAR-ESTADES, Héctor. 2010. Estipulación para otro (i). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Chile, Director Raúl Tavolari Oliveros, tomo I.
132. TOSAR-ESTADES, Héctor. 2010. Estipulación para otro (ii). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Civil. Contratos. Chile, Director Raúl Tavolari Oliveros, tomo I.
133. TOTH, François. 1990. *Contrat hospitalier moderne et ressources limitées: conséquences sur la responsabilité civile*. R.D.U.S. (20).
134. TRIMARCHI, voz "Illecito". En: Enciclopedia del Diritto, vol. 20, Giuffrè, Milano, 1970.
135. TUNC, André. 1989. *La responsabilité civile*. Paris, Editorial Económica.
136. VÁZQUEZ F., Roberto. 1996. La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico sanitaria. Revista de la Universidad de Los Andes. Responsabilidad civil del empresario, Federico McKay Allende editor.
137. VÁZQUEZ R., Andrés. 1999. Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda.
138. VIDAL O., Álvaro. 2002. La responsabilidad civil del profesional médico. Revista de Derecho, del Consejo de Defensa del Estado (8).
139. VINEY, Geneviève. 2007. Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, Traducción de Fernando Montoya Mateus.
140. VINEY, Geneviève. 1965. *Le Declin de La Responsabilité Civile*. Paris, *Librairie Generale de Droit et Jurisprudence*.
141. VIOLANTE, Andrea. 1999. *Responsabilità Oggettiva e causalità flessibile*. Napoles, Editorial Scient. It.

142. WILLIAM MITCHELL LAW REVIEW. 1985. *Theories for Imposing Liability Upon Hospitals for Medical Malpractice: Ostensible Agency and Corporate Liability*. *William Mitchell Law Review* (11).
143. YUNGANO, Arturo – LÓPEZ, Jorge – POGGI, Víctor – BRUNO, Antonio. Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1982.
144. ZAMORA V., Rodrigo. 2012. Las Isapres en Chile, su institucionalidad jurídica y el derecho a la protección de la salud. Aplicación y eficacia. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
145. ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. 1996. Responsabilidad del jefe del equipo médico. *Revista La Ley*.
146. ZELAYA E., Pedro. 2003. La responsabilidad civil de hospitales y clínicas privadas: hacia una paulatina responsabilidad estricta por riesgo de empresa. Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de Los Andes (7).
147. ZELAYA E., Pedro. 2002. La responsabilidad civil por el hecho ajeno y el seguro. *Revista Chilena de Derecho* 29 (1).
148. ZELAYA E., Pedro. 1997. Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales). *Revista de Derecho y Jurisprudencia, Doctrinas Esenciales, Derecho Civil, Obligaciones* (1).