

UNIVERSIDAD DE PANAMA

VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTRO MEDICOS
PRIVADOS**

POR

CLAUDIO TIMPSON LAYNE

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA OPTAR AL
GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON ESPECIALIZACION EN
DERECHO PRIVADO**

1997



UNIVERSIDAD DE PANAMA
VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS
PROGRAMA DE MAESTRIA EN:

DERECHO CON ESPECIALIZACION EN DERECHO PRIVADO

Título del Trabajo de Tesis: Responsabilidad Civil de los Centros Médicos Privados.

Nombre del Estudiante: Claudio Timpson Layne Cédula: 8-162-1194

Miembros del Jurado:

Calificaciones que otorgan:

a: Dr. Julio Lombardo (Director)

b: Dr. Calixto Malcolm

c: Dr. Octavio Del Moral

Nota final Promedio

A
A
A
A

Observaciones Generales el Jurado:

El trabajo constituye un significativo y valioso aporte sobre la problemática, solución y los congresos el vacío existente en cuanto a la responsabilidad civil de los centros médicos privados. Esta tesis se ubica además a la altura de las aplicaciones a nivel de estudios superiores al igual que la sustentación del graduando.

Firma de los Miembros del Jurado:

a: Julio Lombardo

b: [Firma]

c: [Firma]

Firma Coordinador del Programa

Firma Representante de la
Vicerrectoría de Inv. y Postgrado

Firma del Estudiante

Fecha: 22 de Diciembre de 1997

DEDICATORIA

AL CRISTO NEGRO DE PORTOBELO

A MI MADRE,

MIS HIJOS

y ESPOSA

INDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	1
SUMMARY	2
INTRODUCCION	3
REVISION DE LITERATURA	9
ASPECTOS METODOLOGICOS	11
RESULTADO Y DISCUSIÓN	13
CAPITULO I: NOCIONES GENERALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL	13
1. Concepto de Responsabilidad Civil	13
a) Cumplimiento Natural Voluntario.	21
b) Incumplimiento Justificado.	22
c) Ejecución Natural Forzosa	22
d) Incumplimiento Total.	23
2. Unidad del Fenómeno Resarcitorio	23
3. Presupuestos de la Responsabilidad Civil	27
a) Que haya un Hecho	27
b) Que se produzca un Daño	28
b.1) Que el daño sea resarcible	31

a)	Supuestos de Responsabilidad Contractual	63
b)	Supuestos de Responsabilidad Extracontractual	66
5.	Supuestos de Responsabilidad Civil por Hecho propio, en el ámbito Contractual y Extracontractual.	69
6	Supuestos de Responsabilidad Civil por Hecho Ajeno en el ámbito Contractual y Extracontractual.	71
7	Supuestos de Responsabilidad por hecho de las cosas en la esfera Contractual y Extracontractual.	77
8.	Delimitación del ámbito Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.	79

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADAS

	DEL ACTO MEDICO	84
1.	Aspectos Históricos	84
2.	La Medicina de Hoy	89
3.	La Responsabilidad Médica en General	90
a)	Deber de Humanismo	91
b)	Deber de Asistencia	92

IV

c)	Deberes Sociales	92
4.	El Médico y la Responsabilidad Extracontractual	93
5.	El Médico y la Responsabilidad Contractual	97
6.	El Contrato de Asistencia Médica	103
a)	Teoría sobre la Naturaleza Jurídica del Contrato de Asistencia Médica.	104
a.1)	La Teoría del Mandato	104
a.2)	La Teoría de la Locación de Servicio	104
a.3)	La Teoría de la Locación de Obra	105
a.4)	La Teoría del Contrato Multiforme	105
a.5)	Nuestra Posición	106
b)	Obligaciones del Médico	106
b.1)	Historia Clínica	106
b.2)	Asistencia Adecuada al Paciente	109
b.3)	Diagnostico	111
b.4)	Deber de Tratamiento	113
b.5)	Deber de Información	115

V

b.6)	La Derivación del Paciente	117
b.7)	Obligación de reserva	118
c)	Obligaciones del Paciente	121
c.1)	Pago de Honorarios	121
c.2)	Cumplimiento del Plan Terapéutico	126
7.	La Culpa como presupuesto de la responsabilidad del Médico	128
8.	Casos específicos de culpa médica	138
a)	La impericia medica	138
a.1)	Impericia en Terapéutica Peligrosa	140
a.2)	Impericia en Cirugías	141
a.3)	Impericia Error	142
b)	La imprudencia médica	144
c)	La Negligencia médica	146
d)	Inobservancia de Reglamento y deberes	148

CAPITULO III: SUPUESTOS ESPECIFICOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTRO MEDICOS PRIVADOS.	149
1. Responsabilidad de la Personas Jurídicas	149
a) Responsabilidad de la personas jurídicas en la esfera contractual.	150
b) Responsabilidad de las personas jurídicas en la esfera extracontractual.	151
2. El Contrato de Servicios Hospitalarios.	154
a) Naturaleza Jurídica.	157
b) Características.	159
3. Supuestos de Responsabilidad por Actos Médicos.	160
a) Actos Médicos del Personal de Plan o Dependiente	162
b) Supuesto del Equipo Médico Mixto.	170
4. Supuesto de no Responsabilidad de los Centros Privados por Actos Médicos.	174

VII

5.	Responsabilidad de los Centros Médicos por los Actos de sus Dependientes y auxiliares.	178
	a) Concepto de Dependientes y Auxiliares.	181
	b) Hecho del Dependiente o Auxiliar.	183
	c) Que el hecho sea en ejercicio de sus funciones o con ocasión de estos.	187
	d) <u>Fundamento de esta Responsabilidad.</u>	190
	d.1) En el Sector Contractual.	190
	d.2) En el Sector Extracontractual.	192
6.	Validez de las Cláusulas que modifican la Responsabilidad del Centro Médico.	194
	a) Sector que admite la validez de estas cláusulas.	198
	b) Sector que condiciona su validez o limitan su contenido	199
	c) Sector que le niega todo valor legal.	200
	d) Nuestra Posición.	201
7.	Supuestos de Exoneración de la Responsabilidad del Centro Médico.	204

VIII

a)	Hecho de Terceros.	205
b)	Caso Fortuito.	207
c)	Prueba de Prudencia.	210
CONCLUSIONES		211
RECOMENDACIONES		217
BIBLIOGRAFÍA		220

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS MEDICOS PRIVADOS

RESUMEN

La responsabilidad civil en general es un tema que ha cobrado excepcional vigencia, no existe en la actualidad revista jurídica que se edite en el ramo del derecho privado, donde no se consignen por lo menos un artículo que se refiera al derecho de daños. El arte de curar por su conexión con la vida y la salud, ha sido uno de los temas que mayormente ha cobrado interés en el sector jurídico. Y es que una tendencia generalizada a nivel nacional e internacional ha influido de manera tal, que la cuestión médica, a dejado de considerarse dentro de los parámetros éticos y morales para ser considerados en sus consecuencias jurídicas. La doctrina y la jurisprudencia, al efecto han sido contestes en atribuir responsabilidad por culpa médica e imponer a los galenos el deber de indemnizar. Por otro lado la actividad médica se desarrolla conjuntamente con la tecnología y la ciencia, de tal suerte que los esquemas hasta hace poco comunes del médico de pequeña clínica ha dado paso, cediendo su lugar, a grandes establecimientos asistenciales, que de una parte son económicamente lucrativos para sus propietarios, pero de otra, costosísimos, de ello que la responsabilidad civil por daños relacionados con el arte de curar cobra una dimensión nueva que requiere del análisis de estos nuevos integrantes, Centros Privados que monopolizan, el área, por las razones apuntadas.

Lo que se manifiesta, en este documento, en resumen es la situación jurídica específica de estos centros, los supuestos en que estos deben responder ante sus clientes y los casos en que tal responsabilidad no existe. Ante la ausencia de un régimen legal específicamente aplicable a estos, se ha expuesto su situación conforme las normas generales inherentes a todos los sujetos de derecho, sean jurídicas o naturales. Este trabajo es producto de un examen en que priva el método deductivo, respaldado en aportes históricos y con el soporte del derecho comparado.

PRIVATE MEDICAL CENTERS CIVIL RIGHTS RESPONSABILITY

SUMMARY

In the actuality civil rights in general is a subject that has gotten exceptional effect. There is no private law journal or magazine that don't contain at least one article reference injure rights. The are of curing because of the conexión between life and health become of high interest in the juridical sector. There is a general national and international tendency in such manner that medical affairs is no longer under the ethical and morale parameters, now juridical consecuencies are considered. The doctrine & jurisprudence in this effect are constant in filing grievances to medical gult and having doctors indemnify for their faults. In the actuality activity is in conjunction with science and technoligy in such way that the schemes has change from small clinics to large establishments. For the owners this es economical in one aspect and expensive in the other. For all of the above civil rigts has taken a new dimension that need a wyde analysis of these new Private Centers who have mopolized this area for the reasons pointed out wiyh no legal specifics as of when need to respond legally to their clients and when thy not.

In summary this dicument is a resume of the juridic side applicable to these centers. What cases will really fall under their responsability and what doesn't. In absense of a specific law governing ti this matter they can be subject to general rules, either natural or jurisdictional wichever is convenient.

INTRODUCCION

Todos hemos sentido directa e indirectamente los efectos de la gran epidemia que sufre nuestra sociedad, y también todos en una u otra forma señalamos a los demás como responsables de su etiología, sin detenernos a pensar, que así como el ser humano es una unidad sicosmática, que se descompone cuando cualquiera de sus miembros se afecta, la sociedad siente angustias y dolores cuando alguno de los individuos que la componen trasgrede los patrones de la convivencia, violenta sus más caros principios y traiciona el sentido superior de su existencia [Tamayo Jaramillo (1993 ; 7)].

Al emprender la redacción de este trabajo, hemos tenido como norte, aportar muchos o escasos conocimientos que hemos podido acumular, en la práctica jurídica cotidiana y en los estudios especializados que en responsabilidad civil generosamente nos brindó la Universidad Nacional de Panamá, durante el curso de Maestría, que concluimos con este documento.

Un tema que de forma palpitante ha despertado por doquier la atención de abogados, juristas, jueces, fiscales y todo el personal

directa e indirectamente ligado al foro, ha sido precisamente la cuestión de la responsabilidad civil. Es muy común encontrar demandas de responsabilidad civil, frente a situaciones y temas hasta hace poco impensables. Donde en antaño, se conformaba la víctima con soportar el daño, resignado a los designios del supremo, hoy se revela la sociedad imponiendo a su causante, culpable o no, el deber de reparar el daño causado.

Como ha dicho **MOSSET ITURRASTE**, las tendencias actuales del derecho de daños, desde la perspectiva axiológica son valiosas en tanto se admite que la mirada de la justicia se dirige ahora a la víctima inocente.

Así, en definitiva, el daño se refleja sobre un hombre; en definitiva, hay un hombre detrás de cada daño causado. Al privilegiar al hombre víctima con relación al hombre victimario se considera la situación particular de la sociedad contemporánea, convertida por la tecnología, a la par que fascinante, en altamente riesgosa; y al hacerlo, se atiende al sentir común del hombre de nuestros tiempos [**Alterini (1987 ; 72)**].

Al lado de la culpa, el derecho moderno ha reconocido la vigencia, de factores objetivos de atribución que tienen como meta garantizar en sus presupuestos específicos la reparación del daño sufrido injustamente. En palabras de TUNC, la idea de que se debe responder de las consecuencias de sus culpas y que no se es responsable si no se ha cometido culpa, ésta acompañada de tales demonios, que debe ser exorcizada antes de resultar posible una apreciación objetiva de las funciones y de los medios de la responsabilidad civil en una sociedad moderna [Mazeud y Tunc (1963 T. 2 383)].

La actividad médica, no escapa de este virus que ha contagiado todos los ordenes del que hacer humano. Los estudios sobre responsabilidad médica son cada vez más frecuentes y variados, la corrientes que pugnan por la irresponsabilidad civil del médico, han caído en franca bancarrota.

En Estados Unidos de América, para citar un solo ejemplo, es impactante el aumento de demanda a médicos e instituciones

asistenciales, por indemnización dimanada de mal praxis. En aquel país, de un cinco por ciento (5%) de demandas contra estos centros presentadas en la década de los años 70, en la década siguiente (80) el número de centros demandados llegó a más de un diez y seis por ciento (16%).

De otra parte, el año de la década de los setenta (1978) en que más reclamaciones fueron formuladas promedio B/.750,000.00 y en cambio en el año de la década de los ochenta (1983) en que menos alto se promediaron tales reclamaciones, ascendió a más de B/.2,000.000.00.

En la República de Panamá, se han producido varios casos en que las autoridades judiciales se han pronunciado sobre este palpitante tema, lo cual justifica el estudio que recién concluimos y que ponemos a disposición de la comunidad.

En este trabajo, se repasa la responsabilidad civil en general, como presupuesto de la responsabilidad civil médica por cuanto su contenido no difiere de aquella a la que están sometidos la totalidad de los hombres.

En el segundo capítulo nos dedicamos al estudio de la situación jurídica del médico, como principal protagonista del arte de curar, estableciendo los supuestos de responsabilidad civil a que ordinariamente están expuestos a incurrir los galenos.

En el tercer y último capítulo nos dedicamos al estudio detallado de la responsabilidad de los centros médicos privados, tanto por la actividad médica propiamente tal, como por la actividad paramédica y de hospedaje.

En este trabajo se pone de manifiesto el carácter ambivalente de nuestro sistema, que ante situaciones básicamente iguales, arriba a conclusiones y efectos totalmente antagónicos.

Presento este trabajo a vuestra consideración, en busca de ser del que habla **HELENA WHITE** cuando señala que, el mundo necesita con urgencia hombres que no se vendan, ni se compren, hombres que sean sinceros y honrados en lo más hondo de sus almas, hombres que no teman dar al error el nombre que le corresponde, hombres cuya conciencia sea tan leal al deber como la brújula al

polo; hombres que se mantengan de parte de la justicia aunque se
desdoblen los cielos. Y aumento a estas palabras de **WHITE**,
hombres que en el arte de curar, se compadezcan y hagan suyo el
juramento hipocrático.

REVISION DE LITERATURA

Este documento ha sido confeccionado en base a criterios, unas veces pacíficamente admitidos por la doctrina nacional y extranjera, otras veces causa de abiertos debates, por ser así, hemos consultado autores que aceptan criterios encontrados en temas de relevancia a los fines del presente estudio.

Obras de autores, como Bustamante Alsina, Atilio Alterini, Ghersi, entre otros dentro de la doctrina argentina nos han sido de mucha ayuda, al igual que los colombianos Tamayo Jaramillo, Martínez Rave entre otros dentro de la doctrina de su país que, interpretando las disposiciones vigente sobre el tema que nos ocupa han hecho grandes aportes.

La jurisprudencia tanto francesa, como latino americana, reunida y comentada en sendas obras de autores latinoamericanas consultados, llevan a nuestro animo la idea de un derecho de daño en pleno desarrollo, en que la víctima es el destinatario final y objeto de su atención.

Las obras clásicas como las del chileno Claro Solar, y de los hermanos Mazeaud y Andrie Tunc así como de los de Mellisch, Messineo entre otros, no pierden en absoluto su vigencia y solidez por el rigor científico empleados por sus autores en tales construcciones.

La doctrina nacional ha sido también consultada, no obstante la poca existencia de obras, sobre responsabilidad civil en general y responsabilidad médica en particular. Aunque debe reconocerse que recientemente, se han hecho importantes trabajos, sobre todo en la esfera jurisdiccional en se han ventilado algunos casos.

De importancia también ha sido, el Código de Ética de la Asociación Médica de la República de Panamá, como documento orgánico, contentivo de los deberes éticos, morales y jurídicos de los dedicados al arte de curar, documento que sin ser ley del país en sentido estricto, constituye una referencia de gran utilidad, para ventilar con justicia, conflictos relativos al ejercicio de la medicina.

ASPECTOS METODOLOGICOS

Por ser el derecho, una especial disciplina de carácter social, resultan un tanto inaplicables, los criterios y patrones de investigación, conformación de hipótesis y comprobación de resultados, que son viables en las ciencias exactas en general y aún en algunas ramas de las ciencias sociales.

Por ello, hemos realizado el presente estudio bajo el método deductivo, que es propio de esta rama del conocimiento humano. Partiendo de abstracciones y fines universales, racionalmente aceptado por la comunidad como metas y objetivos del derecho, individualizados posteriormente en contenidos concretos, deduciendo de ello, los deberes que imponen tales abstracciones, a los sujetos que componen el ente social. De esa manera objetivamos la figura del médico, y a partir de allí, al centro médico, como persona jurídica relacionada con el arte de curar.

Como la salud y la vida humana han sido tema de preocupación históricamente, y en todas las culturas y edades del desenvolvimiento del hombre, hemos sido obligados a recurrir al método histórico, entendido como el análisis de aquellas circunstancia, que nuestros antepasados tomaron en cuenta para regular la actividad del médico y su fundamento.

El aspecto histórico es positivo y de gran utilidad, ya que nos permite conocer los antecedentes de la normativa actual, con lo que se obtiene una mejor visión de nuestras instituciones jurídicas.

Finalmente como se sabe en la interpretación de la ley prevalece el método exegetico, por mandamiento impuesto por la propia norma, hemos recorrido a este método al analizar las diversas situaciones concretas aquí expuestas.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

I. Concepto de Responsabilidad Civil

El concepto de obligación supone la necesaria limitación de la conducta humana a realizar cierta prestación en provecho de uno o varios sujetos o de la sociedad jurídicamente organizada.

Así se ha dicho que la responsabilidad Civil no es sino una consecuencia del obrar contrario a la exigencia normativa legal. No interesa si la conducta dañosa sea consecuencia del incumplimiento de un vínculo contractual o que provenga de la ocurrencia de un hecho contrario a derecho, ajeno a todo vínculo específico.

Desde la época clásica se ha considerado que la obligación presenta una estructura compuesta por dos elementos: uno libre, la prestación (debitum), y otro coactivo o coercitivo, la responsabilidad (obligatio, en sentido estricto).

El deudor es libre de cumplir la prestación y no se la puede hacer cumplir compulsivamente. Pero sí el no la cumple, queda sometido

de manera coactiva a responsabilidad, la cual se concreta en la acción o derecho atribuido al acreedor para agredir la persona o el patrimonio del deudor incumplido y pagarse con el equivalente pecunario de la prestación no satisfecha [Valencia (1986 ; 289)].

Las obligaciones son una causa que constriñe la voluntad, que en razón de tal noción se ve compelida a realizar tal o cual actividad, o en ciertos casos abstenerse de actuar de tal o cual forma, que tiene su origen en las llamadas fuentes de las obligaciones.

En el derecho de obligaciones se distinguen varias fuentes, siendo en nuestro medio cinco las admitidas, la ley, los contratos, los cuasicontratos, y los actos ilícitos causantes de daño (delito y cuasi delito) así lo señala de manera expresa el artículo 973 del Código Civil.

Sobre este tema básico no han sido pocos los que han expresado criterios exaltando el carácter patrimonial imperante a partir de la conocida glosa medieval que distingue entre jus in re y jus in personam, que significa extender una oposición clásica, aunque de carácter procesal, entre actio in re y actio in personam - que

distingue el derecho de cosas y el derecho de obligaciones.

El primero a saber el derecho de cosas, se refiere a relaciones jurídicas que implican una facultad que es ejercida de modo directo sobre las cosas, en tanto la segunda rige las relaciones jurídicas que implican una facultad entre sujetos que surgen, básicamente del tráfico de bienes y de la causación de daños reparables [Alterini Et Al (1995 ; 13)].

El concepto de obligación importa la imposición de un deber jurídico, consistente en conceder una prestación a un acreedor específico con el cual se ha entrado en relación voluntaria o involuntariamente.

Este deber jurídico impone al sujeto la carga de desplegar cierto comportamiento, en razón de la situación que ocupa dentro de un vínculo específico, posición que es correlativa a la que ocupa otro sujeto, llamado acreedor, del cual se es deudor de la prestación in concreto.

Así en el derecho de obligaciones se distinguen necesariamente por lo menos dos sujetos, ubicados en extremos diversos y

antagónicos de un mismo hilo o vínculo, de una parte, quien tiene derecho a recibir la prestación o el beneficio jurídico - económico que lo integra, que se denomina acreedor, y por la otra, quien debe satisfacer tal expectativa por estar obligado a ello, denominado deudor.

Ahora bien, el fin último de las obligaciones es su extinción, por ello el concepto de obligación implica una necesaria temporalidad, que puede ser más o menos prolongada según sea el caso y su fuente concreta.

Así, aunque algunas obligaciones subsisten por períodos largos, ejemplo de ello el deber de prestar alimentos a los hijos se prolonga hasta la mayoría de edad de estos, lo común es que las obligaciones, se consuman íntegramente en un acto, ejemplo la compra - venta de un bien de consumo en un establecimiento, la creación del acto (compra - venta) y su extinción natural (pago del precio y entrega de la cosa) son casi simultáneas.

Pero puede resultar y en efecto resulta, que las obligaciones no se cumplan bajo el tenor de su estipulación, incurriendo quien omite

su deber jurídico , en responsabilidad civil.

Mediante este somero ejercicio perseguimos proyectar la idea, que la responsabilidad civil como noción jurídica, tiene su génesis como una consecuencia del quebrantamiento del orden jurídico resultante de la falta de alguno, causante de daños en otros. Estos daños pueden tener su origen en un contrato o vínculo previo o tenerlo en el quebrantamiento del deber genérico de no causar daño a otro, el primero será de responsabilidad contractual y el segundo supuesto será de responsabilidad extracontractual.

Por ello la responsabilidad civil como consecuencia del derecho de daños, producido como quebrantamiento de deberes jurídicos (obligaciones) tiene su aparición en el campo del derecho desde época muy primitivas del derecho y su evolución.

Así en Roma el incumplimiento dañoso de un deber jurídico ocasionó reacción social adversa, la que paso por diversas etapas, desde la venganza privada, hasta las acciones reipersecutorias por daños y perjuicios, que se asemeja a la regulación actualmente en vigencia. Pero que nunca abandono por completo el criterio del

precio de la venganza que reemplaza la venganza misma en Roma. [**Bustamante (1993 ; 27)**]. Por ello **MAZEUD y TUNC**, sentencian que en el derecho romano jamás se llega a hacer de la condena civil lo que es en la actualidad, una indemnización [**Mazeud y Tunc (1961 ; 37)**].

Durante gran parte del desarrollo del derecho de daños en Roma, privaron criterios objetivos; así importaba solamente determinar el causante del daño, para conceder el damnificado derecho a la composición privada o legal, según la época del que se trate.

La culpa aquiliana aparece en una etapa ya desarrollada del derecho de daños, ya que en las primera épocas la venganza se ejercía ciegamente contra el autor material del daño, sin importar la reparación del perjuicio ni la culpa del ofensor. Así se tratase de lesiones culposas o del a destrucción o deterioro de las cosas de otros, el autor del hecho inocente o culpable debía soportar la palabra del talión, que luego fue convertida en una suma equivalente al precio de la venganza [**Bustamante Alsina (ob cit ; 43)**].

Los *lex aquilia* no fue complementada con la culpa como elemento de la responsabilidad civil, sino a fines de la república, en que los jurisconsultos empezaron a exigir culpa, por lo menos leve, como presupuesto necesario, para el ejercicio de las acciones derivadas de la *lex aquilia*.

Fue después en la época clásica del derecho romano, que el concepto de culpa entro a jugar el papel que finalmente le dispense el derecho moderno.

Realmente es un plebiscito que, en lugar del casuismo de las XII Tablas sobre daños a las cosas, introduce una nueva regulación decisiva para todo desenvolvimiento ulterior del derecho en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Por ello se ha dicho que la *Lex Poepelia Papiria* y la *Lex Aquilia* constituyen imprescindibles hitos en una evolución ininterrumpida de la responsabilidad patrimonial y de la responsabilidad extracontractual, que llegan hasta el derecho moderno [Valencia (1986 ; 47)].

En efecto, en época inmediatamente anterior a **JUSTINIANO**

la culpa fue concebida en la posición que ocupa hoy día, por tanto , solo bastaba la ocurrencia del hecho dañoso, sino que además, debía existir una relación de causalidad entre hecho, daño y la culpa del causante.

Este es el perfil que adopta finalmente el derecho romano y es en definitiva el que gobierna básicamente las teorías subjetivas sobre la noción de responsabilidad civil hasta la actualidad.

La situación en el derecho francés no difiere substancialmente del derecho romano. En principio las antiguas costumbres francesa se advierte un sistema similar del establecido por el derecho romano, según el cual no había un concepto del delito, sino delitos diversos y su correspondiente tabla de rescate impuesta, al autor y a la víctima. Es decir el sistema que impero en Francia no fue otro que el sistema de la composición legal obligatoria [**Domat y Pothier 1777 en Bustamante (1993 ; 44)**].

Sin embargo cabe advertir que el derecho francés antiguo llego a establecer como regla general la reparación de todo daño causado con culpa.

De lo hasta aquí planteado surgen claramente consecuencias que atañen al concepto actual de los efectos de las obligaciones y su relación con la ya universalmente aceptada noción de responsabilidad civil.

La técnica jurídica moderna ubica a nuestro entender a la responsabilidad civil como un efecto mediato de la obligación misma, que reacciona tan pronto se produce un incumplimiento ilícito de la obligación debida, convirtiéndose en efecto inmediato del incumplimiento del deber jurídico que supone una obligación, cualquiera que sea su origen.

Esto es así, ya que desde la conclusión de una obligación, esto es desde que se forma, son varias las situaciones que pueden acontecer siendo éstas, las siguientes;

a) Cumplimiento Natural Voluntario

El incumplimiento voluntario virtud de la extinción de la obligación por naturaleza, mediante una de las formas de extinción de las obligaciones, situaciones estas en que no se da lugar a la existencia de responsabilidad civil, ni puede existir por la extinción

natural del vínculo como consecuencia de la obtención del fin económico - jurídico que dio razón a su existencia.

b) Incumplimiento Justificado

Puede darse también el supuesto de causa extraña que impida jurídica o materialmente al deudor realizar la prestación como el caso de pérdida de la cosa debida, no estando el deudor en mora y sin su culpa, en las obligaciones de objeto específico. En cuyo caso no hay obligación de reparar, por lo cual no operan la noción de responsabilidad civil, como derivado de la obligación incumplida.

c) Ejecución Natural Forzosa

Puede también darse, el caso de cumplimiento natural forzoso, por incumplimiento voluntario del deudor, que pudiendo satisfacer la prestación no lo hace, en este supuesto, surge el deber de reparar y se es responsable civilmente de ello, en virtud de que el deudor a procedido de manera ilícita, entendida en su sentido más amplio, o sea contrario a derecho en que no se ejecuta la prestación voluntariamente; quedando obligado el deudor a reparar cuanto daño experimente el acreedor por su omisión.

d) Incumplimiento Total

La misma situación ocurre, en el cumplimiento por equivalencia, en que el objeto natural de la prestación se hace jurídica o materialmente imposible, en este supuesto la indemnización entra a jugar un papel compensatorio, que suple el daño que recibe el acreedor ante incumplimiento natural de la prestación a que tenía derecho.

De lo que hasta aquí hemos expuesto concluimos que responsabilidad civil es en resumen, el deber jurídico de reparar que pesa sobre un sujeto que habiendo actuado contrario a derecho, y en forma distinta a su obligación, general o específica, ha ocasionado a algunos daños reparables en su patrimonio o en su persona.

2. Unidad del Fenómeno Resarcitorio.

Conforme al artículo 1644 del Código Civil, todo el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia esta obligado a reparar el daño causado.

De esta norma se infiere el deber genérico de actuar prudente y la imputación subjetiva de la obligación de reparar cuanto daño se

causare a cuantos descuidaren ese deber de prudencia, lo que a no dudar es la una fuente de la responsabilidad civil extracontractual.

Además el artículo 119 del Código Penal señala que, de todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resulten culpables del mismo, que consiste en la obligación de reparar cualquier daño causado ilícitamente a otro.

Por otro lado, el artículo 986 del propio Código Civil que concuerda simétricamente con el antes citado artículo 1644, atribuye al deudor negligente, doloso o moroso, la obligación de reparar cuanto daño sufra su acreedor, con motivo de su incumplimiento o de su cumplimiento irregular o tardío.

En efecto, conforme al artículo 986 del Código Civil quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquéllas, norma que proyecta los elementos básicos de la responsabilidad civil en general.

En resumen el deber de reparar es exigible tanto si existe vinculo

previo (artículo 986 c.c.) como si no existe tal vínculo (Artículo 1644 del Código Civil y 119 del Código Penal).

La distinción dentro de la responsabilidad civil extracontractual tiene su exclusiva razón en la naturaleza del daño que ocasiona, así si produce el menoscabo de un interés económico patrimonial o moral, privado, se trata de un delito civil, si por el contrario, además desconoce las normas positivas para una convivencia pacífica del grupo social, será un delito penal.

En el segundo se da nacimiento a la acción penal y civil, en el primero a la acción civil exclusivamente.

No obstante, para que en el delito nazca una acción civil es necesario que el hecho delictuoso sea a la vez dañoso. Pero no todos los delitos ocasionaron acción civil; el delito, para que origine responsabilidad civil no solo requiere ser un ilícito penal sino que además debe ser dañoso, o sea, ha de vulnerar un patrimonio privado [Aguirre (1993 ; 72)].

Más aún, el artículo 986 del Código Civil citado, y que se refiere a la responsabilidad por los daños, está ubicado en el capítulo sobre

la naturaleza y efectos de la obligación en general, no habla de obligaciones convencionales. Por ello **JESUS DELGADO ECHEVARRIA**, comentando el artículo 1101 del Código Civil español que corresponde al artículo 986 del nuestro, apunta que dicha norma se refiere a las deudas civiles nacidas por cualquier causa que ponga en relación directa a deudor y acreedor; y no sólo a contratos **[Delgado 1985 en Vasquez (1993 ; 70)]**.

En este sentido la responsabilidad tiene su origen en la propia noción de obligación, que en caso de incumplimiento reafirma su carácter esencial de vínculo que se perpetúa en la protección resarcitoria **[Ibidem]**.

Coincidimos con el criterio anotado, ya que la ilicitud del daño que experimenta el acreedor mediante un acto contrario a derecho, no difiere en su esencia, la ilicitud de causar daño a un extraño contra el cual se perpetra un hecho delictual. Tampoco es diferente el hecho culposos que hace frustrar las expectativas de un acreedor contractual, del hecho culposos que causa daño a un tercero con el que no se tiene un vínculo previo. Por ello, en lo posible estudiaremos los

elementos de la responsabilidad civil en su conjunto, prescindiendo de la separación histórica que distingue entre la esfera contractual y extracontractual, salvo los supuestos en que tal distinción genere alguna consecuencia práctica, dada la doble regulación que aún impera en el Código Civil al efecto.

3) Presupuestos de la Responsabilidad Civil.

a) Que haya un Hecho.

Constituye acción, cualquier hecho positivo, subjetivamente atribuible a un sujeto, que por sí, causa una mutación material o jurídica, o que acompañada de otros factores, o circunstancias preexistentes, es capaz de generar un daño a otro; y acción por omisión la abstención de realizar un hecho que apareje una consecuencia igualmente dañosa.

Definimos, para los efectos que nos proponemos, hecho como la fuerza, presión o circunstancia que modifica físicamente un objeto, cosa o persona.

Por lo anterior, el hecho como elemento objetivo y cierto de la responsabilidad civil, no debe confundirse con la conducta o acción,

ya que éstos dos últimos términos exigen un vínculo subjetivo con el causante. En cambio, el hecho, puede ser cometido por una persona pero también por animales o cosas, aunque tengan una relación remota con aquélla.

No atañe, a este elemento hecho, las consideraciones referidas a su ilicitud o las circunstancias que le quitan ese carácter. Sólo se requiere que el hecho exista y que sea imputable físicamente a una persona, animal o cosa [Martínez (1995 ; 79)]

b) Que el hecho se produzca un daño

Noción de daño desde una perspectiva objetiva, es cualquier menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales ya en su propiedad, ya en su patrimonio. [Zannoni (1993 ; 1)]

Constituye daño cualquier disminución al patrimonio real o virtual de la víctima. Dentro del concepto de daño, debe tomarse en cuenta conforme al artículo 991 del Código Civil, que el deudor no solo responde el valor de la pérdida que haya sufrido la víctima, sino

también el de la ganancia que haya dejado de percibir el acreedor.

La Ley nacional distingue en la vertiente contractual el daño causado de buena fe, y de mala fe.

Si el incumplimiento fuere del Código Civil señala que la responsabilidad del deudor se limita a los daños previstos o que hayan podido preverse al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En tanto, si el incumplimiento fuere doloso el deudor deberá responder por todos los daños que conocidamente se derivan de su incumplimiento.

No obstante del texto de la ley debe concluirse que como la culpa grave equivale a dolo, (artículo 34 c), la obligación que impone el artículo 982 del Código Civil, al incumplidor doloso es también exigible en caso de culpa grave. Por lo tanto, la extensión de la responsabilidad en ambos supuestos abarca todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

En la estimación del daño reparable en materia extracontractual no rige la limitación a que hemos hecho referencia a propósito del daño proveniente de incumplimiento contractual, esto se infiere de lo establecido en el 1644 del Código Civil en que en nada se refiere a límites, sino que por el contrario señala simplemente la obligación de reparar el daño causado, reparación que en consecuencia es integral.

El daño reparable en el derecho panameño, incluye además del daño material que puede ser emergente o lucro cesante, el concepto de daño moral, que en virtud de norma expresa ha sido incorporado al Código Civil en su artículo 1644 a., merced del artículo 8 de la Ley 18 de 31 de julio de 1992, que señala que el daño causado comprende tanto los materiales como las morales.

Sigue diciendo la norma que por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración de que sí mismo tienen los demás.

La norma que comentamos concede un carácter patrimonial al daño moral al concluir que el responsable del hecho ilícito deberá repararlo mediante una indemnización en dinero.

Además, señala que el daño moral es exigible tanto en la esfera contractual como en la extracontractual.

b.1) Que el daño causado sea resarcible

El daño como fenómeno material debe, para ser resarcible, reunir una serie de características que lo convierten en daño jurídico. El daño que no cumple con las condiciones que expresaremos a continuación no constituye un daño reparable, o lo que es lo mismo, no da lugar a la indemnización.

Uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil es la existencia de un daño, lo que es presupuesto para que posteriormente, con conocimiento de causa, se pueda distinguir entre el tipo de daño que se cause y la relación jurídica que nace entre los sujetos activo y pasivo de la misma, para concluir cómo operará la reparación del agravio en beneficio de la persona que ha sufrido detrimentos en sí misma o en su patrimonio [Ochoa (1996 ; 5)].

Del concepto de daño importa la noción de perjuicio, ya que no compartimos la distinción entre derechos subjetivos e intereses subjetivos por no contener ninguna importancia práctica, así daños y perjuicios en nuestro criterio no presenta distinción alguna.

Opinamos con ZANNONI, que cuando la facultad de actuación en la esfera propia de la persona se transforma en un concreto poder de actuar atribuido por la ley, aquélla se transforma correlativamente en el contenido de un derecho subjetivo. Pero entonces se alude a un interés que lleva consigo un poder que pertenece o se atribuye por la ley y que no sólo permite o faculta un obrar lícito tendiente a la satisfacción de este interés, sino más bien la persona hace suyo este interés porque la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo su satisfacción. El interés es, entonces, interés legítimo y como tal, el contenido del derecho subjetivo [Zannoni (1993 ; 12)]

b.2) El Daño debe ser Cierto

El daño es cierto en cuanto exista, en cuanto pueda resultar objetivamente probable.

El concepto de daño cierto se opone al de daño incierto, que es el

hipotético, eventual o conjetural que puede producirse como puede no producirse, al efecto si se indemnizare un daño incierto o eventual y finalmente el daño no se materializa, estaríamos frente a un caso de enriquecimiento sin causa, lo cual es en sí antijurídico [**Alterini Et Al (1995 ; 259)].**

La pérdida de chance, se refiere a un daño cierto, que consiste en la pérdida de la posibilidad de un beneficio patrimonial atribuible al hecho que ha frustrado tal situación real.

Para mayor claridad citamos a continuación Ghersi que comentando el mismo tema sostuvo; en este sentido debe diferenciarse del derecho de chance, que está basado en una situación de probabilidad y posibilidad como lucro cesante, por ejemplo, la muerte de un caballo de carrera; el daño emergente es la efectiva pérdida del valor económico del animal; el lucro cesante apunta al incremento que, de acuerdo al curso ordinario normal de las cosas, puede experimentar el valor del caballo (diferencia entre el precio de compra y el de venta como tasa de ganancia), mientras que el derecho de Chance es la probabilidad concreta de que hubiese

ganado la carrera en que iba a participar [Gherzi (1994 ; 414)].

Por su parte el maestro **BUSTAMENTE ALSINA** comenta, si bien lo que daría al daño el carácter de eventual, refiriéndose a la pérdida de una chance, será la probabilidad de obtener la ganancia o de evitar el perjuicio, hay, por otra parte, una circunstancia cierta, la oportunidad cierta se ha perdido de ella debe indemnizarse [**Bustamante Alsina (1993 ; 176)**].

Este criterio que además avalan otros autores y que ha sido admitido en la jurisprudencia francesa y argentina por lo menos, nos parece del todo adecuado, pues hay daño cierto, una expectativa concreta en cabeza del damnificado, que en razón del acto del tercero desaparece, por lo que en sí constituye un daño cierto, la pérdida de una chance.

Será labor del Juez en cada caso conforme a la mayor o menor probabilidad de éxito de la chance, señalar el monto de la indemnización correspondiente, por lo pronto basta con admitir que la pérdida de una chance constituye un daño cierto.

Dentro del concepto de daño cierto, implícitamente se recoge no

solo el actual, sino también el daño futuro, que es reparable, ya que la indemnización incluye todos los perjuicios previstos o previsibles que se deriven del incumplimiento o los que conocidamente de él se deriven, según sea el caso.

Así el daño futuro, será aquel que surge del acto dañoso y que afectará ciertamente a la víctima, no pudiendo de antemano, evaluar con certeza su extensión y valor en definitiva. Esta noción se opone a la del daño actual, entendido como aquel que puede ser evaluado y determinado en la época de su reclamo o durante el proceso respectivo.

Es el supuesto de o contagio del virus del SIDA, (VIH) adquirido en una transfusión de sangre, se sabe que el infectado enfermara y morirá, pero hasta que eso pase el daño será futuro.

Podemos hablar entonces de daño actual, o sea el que se da en el momento en que surge la controversia, y cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce; daño futuro, es aquel que nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del daño actual, es decir existencia magnitud y

gravedad, sino que al producirse el hecho ilícito, éste será consecuencia directa del evento dañoso, que se actualiza con posterioridad [Ochoa (1995 : 6)].

En resumen el daño es actual o presente, cuando ya ha ocurrido al tiempo en que se dicta sentencia, en cambio es futuro el que todavía no ha sucedido aunque su causa generadora ya existe. Será cierto, el daño futuro que se presentará indudablemente o con un alto grado de posibilidad e incierto el que es eventual, hipotético o conjetural, este último no califica como daño reparable y no debe ser considerado en la indemnización correspondiente.

b.3) Que el daño sea subsistente

El daño es subsistente en todos los supuestos en que el mismo no haya sido reparado por quien estaba obligado a ello. Así, si la propia víctima repara el daño, el responsable debe cumplir por equivalencia hasta el importe de la disminución que en razón de la reparación del daño, ha experimentado el patrimonio del acreedor, en tal sentido el daño persiste aunque no en su versión original.

Es el supuesto de un accidente de circulación vehicular, en que el

deudor causa daños mecánicos al vehículo ajeno, los cuales no repara oportunamente, el acreedor damnificado invierte su propio dinero y repara su vehículo, en razón de ello la obligación primitiva no puede cumplirse, es natural, ya que el vehículo no tiene daño alguno, empero el patrimonio del acreedor ha sufrido una disminución, subsistirá el daño, por la equivalencia del valor invertido.

La misma situación opera cuando un tercero repara el daño en razón de una causa distinta como el supuesto del daño reparado por la Compañía Aseguradora de la víctima en cumplimiento del contrato de seguro, el deudor deberá restituir lo pagado por la compañía y los intereses por el anticipo, ya que en tal evento el daño subsiste.

b.4) Que el daño sea propio de la víctima

Este requisito exige que el reclamante haya sufrido el daño en persona, de otra forma se carece de intereses y por consiguiente de acción resarcitoria a causa de un daño ajeno. Es lo que se denomina ilegitimidad activa.

El accionante de haber sufrido un daño o ser destinatario de la acción futura de quien lo recibió directamente, es el caso del empleador con relación a sus dependientes, por daños imputables a terceros a los que el artículo 302 del Código de Trabajo autoriza al efecto, al establecer textualmente lo siguiente:

Cuando el riesgo profesional fuere debido a dolo o culpa atribuible a terceros, el trabajador o sus causahabientes podrán reclamar ante los tribunales ordinarios los daños y perjuicios que ante correspondan de acuerdo con el derecho común, sin menoscabo de los derechos y acciones que puedan tener contra el empleador en virtud de las disposiciones de este título.

Si la acción ante los tribunales ordinarios comprendiese la totalidad o parte de las indemnizaciones que otorga el presente Capítulo, los tribunales comunes, al ordenar el pago de los daños y perjuicios procedentes, trabajarán la cuantía de ellos en la proporción en que el empleador hubiere satisfecho las indemnizaciones referidas el empleador quedará asistido por la acción subrogatoria correspondiente contra los agentes del hecho doloso o culposo.

Son terceros, para los efectos de la presente disposición, cualesquiera personas que no sean el empleador, sus representantes en la dirección del trabajo o sus trabajadores.

c) Factores de Atribución

Por factores de atribución debemos entender el fundamento

que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde. Se trata de esa razón especial que determina en definitiva quién debe soportar los efectos del daño.

Por ello, sostiene **VASQUEZ FERREIRA**, factor de atribución es equivalente de fundamento del deber de reparar, **[Vasquez (1993 ; 193)]**.

Los factores de atribución históricamente han descansado sobre criterios subjetivos, de tal suerte que quien no ha cometido culpa, no es responsable. No obstante como veremos, ésta situación ha variado, por el reconocimiento de factores objetivos aplicables con mayor o menos en extensión en diversas situaciones y supuestos de derecho daños.

c.1) Factores Subjetivos de Atribución

Tradicionalmente la culpa como factor subjetivo ha sido de manera exclusiva el elemento determinante de la responsabilidad civil, tanto en lo contractual como en lo extracontractual.

Como se ha dicho, en el derecho primitivo superado el criterio

absolutamente objetivo de los primeros tiempos, se empezó a exigir culpa en el agente como factor del cual deviene la obligación de reparar el daño causado, desde entonces se inicia la evolución del factor subjetivo de atribución.

En nuestro derecho no se duda de la plena vigencia del criterio subjetivo, como factor de atribución, tanto en responsabilidad contractual, como en responsabilidad extracontractual.

Tanto por hechos propios como, por hechos de terceros e incluso y en la responsabilidad por hechos de las cosas animadas e inanimadas.

En efecto varios son los criterios que se expresan a propósito de justificar bajo la prisma de la culpa, la imputación de responsabilidad civil.

Desde la culpa in - eligendo, hasta el descuido del deber de vigilancia, culpa in - vigilando relativo a las personas por las que se debe responder.

Lo que es indudable es que la orientación actual de la

responsabilidad civil en el ámbito interno, dentro de los límites impuestos por los factores subjetivos, culpa y dolo, es abiertamente insuficiente ante ciertos supuestos dañosos en que no opera ningún género de culpa en su causante y que por tanto no puede ser subjetivamente imputable a nadie, lo que lleva a la injusta consecuencia en que la víctima debe soportar el daño que no causó.

Empero esta situación moralmente no es conveniente y empieza a estremecer la conciencia crítica, porque resulta inconveniente persistir en considerar daño no reparable, aquel sufrido por las personas en sí o en sus bienes, provenientes de actos carentes de culpa, pero dañinos en sus efectos.

Así, resulta que la víctima, que tampoco ha obrado con culpa, además de soportar el daño se ve imposibilitado de exigir compensación por carecer la conducta del causante de todo género de culpa, lo que si bien ha sido aceptado tradicionalmente con paz, hoy día resulta inaceptable.

Es el supuesto del artículo 1644 del Código Civil, norma

básica en materia de responsabilidad por hechos ilícitos, el cual impone como regla de imputación la culpa del agente causante del daño. Esta norma limita la responsabilidad extracontractual al hecho culposo, descarta la posibilidad de reparación de daños causados, por actos lícitos, pero que en sus resultados causan daños a terceros.

El ensayo de objetivización de la responsabilidad extracontractual, que contiene el artículo 1652 ha incorporado al Código Civil mediante ley 18 de 31 de julio de 1992, no hace otra cosa que establecer una presunción de culpa, que bien podría, incluso derivarse de una interpretación extensiva del artículo 1645 del propio Código Civil.

Esta afirmación es valedera, si consideramos que la norma, luego de señalar con meridiana claridad la responsabilidad del fabricante de productos que el público consume por los daños y perjuicios por estos ocasionados, incluye una fase del tenor siguiente siempre que haya mediado dolo, culpa o negligencia, obviamente del fabricante.

Por lo tanto, podrá el fabricante liberarse de toda

responsabilidad demostrando que su actuación ha sido exenta de todo género de culpa, lo cual en nada varía el sistema subjetivo que gobierna nuestro derecho.

En la esfera contractual la situación es similar, los artículos 986, y siguientes del Código Civil señalan las bases concretas de la responsabilidad en general y la obligación de reparar en el marco contractual en particular.

Así, según el artículo 986, quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellos, agrega el artículo 989 que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias del tiempo, personas y del lugar, y por último, la parte final del artículo 990 señala que “nadie responde de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que previstos, fueren inevitables.

En estas de normas se condensa el criterio subjetivo imperante

en nuestro derecho, por ello el deudor de cosa específica que no estuviere en mora, ni incurriere en culpa se libera ante la pérdida de la cosa debida, debiendo soportar el acreedor absolutamente tal desgracia (artículo 1068 del Código Civil).

Este tema de la culpa como factor de atribución será más adelante abordado con relación directa a la culpa médica, por su transcendencia e importancia.

c.2) Factores Objetivos de Atribución

Hemos querido iniciar este segmento del presente trabajo con el subtítulo factores objetivos de atribución, para no incurrir en el error de considerar la existencia de otro u otros factores limitados y taxativamente enumerables, distintos a la culpa.

En efecto, no pocos han interpretado que además de la culpa, existe otro factor denominado riesgo creado, como único factor no subjetivo existente y reconocido hoy día. Esta concepción puede fundarse en el hecho de que el riesgo creado, como factor de atribución objetivo, ha sido el que primeramente provocó la atención

jurídica y su consiguiente reglamentación, no obstante en la actualidad se distinguen otros factores de atribución, que en nada toman en cuenta elementos subjetivos y que no consisten en la aplicación de las reglas propias de la doctrina del riesgo creado y es que los factores objetivos de atribución son la expresión de toda una nueva óptica del derecho de daños. No busca el derecho a quién hacer un juicio de reproche, busca un daño para indemnizar.

Es que el derecho ya no dirige como antes su mirada al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido.

Esta nueva concepción, es justamente la que hoy día ha abierto la puerta de nuevos factores de atribución objetivo que desplazan a la culpa como eje central de la responsabilidad.

Así, se ha sostenido que ahí donde antes se decía, no hay responsabilidad civil sin culpa, ahora se indica que no hay obligación de reparar sin un criterio legal de atribución [Vasquez (1993 ; 14-15)].

Las Teorías objetivas tienen en común considerar la ilicitud

autonomante, respecto de la culpabilidad del autor, pues en palabras de ZANNONI, la culpabilidad no es supuesto de la noción de ilicitud.

Esto es así, ya que mientras la responsabilidad civil se desarrolló pacíficamente dentro de los parámetros de lo que hoy denominamos factores de imputación subjetivos pudo, quizá, sostenerse que no es ilícito o antijurídico el obrar inculpable. Sin embargo, y en eso la doctrina moderna esta conteste distinguir idealmente las notas de antijuridicidad y culpabilidad permite reconocer con claridad la ilicitud culpable de la inculpable [Zannoni (1193 ; 5)].

c.2.1) Teoría del Riesgo Creado.

En efecto, la teoría del riesgo creado es una consecuencia del desarrollo tecnológico e industrial de la sociedad, que reacciona ante el maquinismo causante de daños en operarios y terceros, sin la necesaria intervención de elemento culpa atribuible a su dueño o fabricante.

Así, conforme a esta teoría, quien introduce un elemento de

riesgo en la sociedad está, por ese sólo hecho, obligado a garantizar que los daños que ésta causare, aún sin culpa de nadie, serán reparados. **[Bustamante Alsina (ob cit. ; 49)]**

En la práctica las teorías subjetivas, dejaron de tener explicación racional que justificase que la víctima en los extremos de daño no culpable, tuviesen que soportar el daño, así se elabora por decisiones jurisprudenciales los primeros visos de responsabilidad sin culpa. Se comenta el fallo dictado por la Corte de Casación de Francia el 16 de junio de 1896, en la que se decidió que el propietario de un remolcador era responsable de la muerte de un mecánico, causada por la explosión de una caldera, porque se había demostrado que ella ocurrió por vicio de su construcción o sea fuera del caso de fuerza mayor o caso fortuito.

Esta decisión constituyó, la primera aplicación en el derecho moderno de un factor objetivo, en la atribución del deber de reparar, ya que como es obvio, no es culpable el propietario del remolcador de que el mismo tuviere un desperfecto o vicio de construcción.

Este factor presupone una ilicitud potencial de la cosa, ya que

si a priori, la conducta que genera o que introduce el riesgo en la sociedad debe ser lícita, para que sea absorbida por la teoría del riesgo, puesto que si así no fuere, aunque el daño provenga del riesgo de la cosa, será absorbido por la responsabilidad subjetiva.

GHERSI en cuyas expresiones basamos las afirmaciones anteriores, ha sostenido que la conducta de introducir el riesgo es una conducta tolerada ajustada a derecho; sin embargo, pese a ello, cuando acaece el daño en concreto, los autores señalan que se estaría constituyendo en un antijurídico a violar la norma de no dañar a otro [**Gherzi (1994 ; 530)**].

Aunque criticado por **ORGAZ**; el maestro **AGUIAR** sostuvo que en este supuesto se trata de un acto lícito de consecuencias ilícitas [**Ibidem**].

Opinamos con **ZANNONI**, que la actividad que implica un riesgo social es lícita, y lo es aunque el legislador compute en abstracto (a priori) la eventual producción de un daño derivado de esa actividad [**Zannoni (1993 ; 5-8)**].

A la par de esta teoría, que se refiere exclusivamente al sector de como hechos de las cosas inanimadas, han surgido otros factores de atribución que no descansan en la culpa y de aplicación en otros sectores.

c.2.2) Factor de Seguridad Social

Se refiere a este factor objetivo numerosos autores modernos.

La idea de la Seguridad Social, sugiere que el derecho al apartarse de la idea de la culpa y hacer responsable a una persona de haber desplegado la actividad que produjo el daño, hace de las pérdidas o daños que causa la vida social una especie de resultado de la desgracia, que puede afectar a quien no obro con culpa pudiendo llevar a la ruina a la más diligente de la personas [Melich (1995 ; T 1 - 33)].

Según los sostenedores de este criterio, la única forma de evitar que se produzca esta injusticia, dice el mismo autor es distribuyendo las pérdidas entre un número tan grande de personas que prácticamente a cada uno toque una parte ínfima en la reparación. Esto se logra, concluye MELICH, a través del seguro colectivo o factor de la seguridad social [Ob - cit (41)].

VASQUEZ FERREYRA sobre el mismo tema, apunta que a la seguridad social importa la incorporación de todos los aspectos que eviten, impiden o disminuyen, la incapacidad del sujeto sin importar la causa que lo origine, es una garantía integral que lleva a la liberación de la inseguridad liberando al hombre de la necesidad [Vasquez (1993 ; 208)].

Este tema, factor seguridad social, inspira normas como el artículo 212 de la ley de Contrato de Trabajo de Nueva Zelanda, que obliga al empleador a indemnizar al trabajador en el caso en que el vínculo laboral se extinga por incapacidad.

En este caso el deber de indemnizar del patrón no tiene nada que ver con su culpa, ni con el riesgo creado, ni con ningún otro factor de atribución.

En nuestro medio la Caja de Seguro Social, consiste en un sistema de socialización de ciertos riesgos, imputable o no en lo referente a las incapacidades de sector laboral, mediante un fondo al que contribuyen todos los miembros del sistema, trabajadores y

empresarios, no es absolutamente descabellado deducir que se trata de supuesto de aplicación del factor seguridad social.

Otros, además de la seguridad social como factor de atribución consideran, la existencia de la solidaridad social como un factor autónomo, dado que sus sostenedores parten de las mismas premisas de los sostenedores de aquélla, somos del criterio de que éstas no son sino el mismo factor, expuesto desde terminologías diversas, pero fundadas en las mismas consideraciones.

c.2.3) Factor de La Equidad

Este factor de carácter objetivo tiene extraordinaria importancia, y la cuestión de su conducencia surge de la siguiente situación.

Conforme al artículo 1644 del Código Civil, el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia deberá reparar el daño, pero resulta que no son capaces de actuar con culpa los que carecen de voluntad, (menores, sordomudos que no sepan leer y escribir y los sometidos a la interdicción, por lo tanto no es atribuible a éstos los daños que ocasionen.

De esto surge la siguiente situación, que si bien es cierto el artículo 1645, otorga una acción subsidiaria contra sus representantes legales, puede suceder que éstos resulten insolventes, quedando el daño sin reparación. Puede suceder que el incapaz tenga bienes suficientes para cubrir los daños derivados de su hecho, sin caer en la insolvencia total, no obstante como queda dicho, contra estos en la esfera subjetiva es imposible una acción directa, por ser inimputables.

Así las cosas, la equidad sirvió de fundamento para imponer en estos casos al incapaz el deber de reparar, cuando por sus hechos que son meramente involuntarios, se causare a otro alguno daño en su persona o bienes.

Según **BUSTAMANTE ALSINA**, este es un factor de atribución de carácter objetivo, pues prescinde de la culpa para atribuir responsabilidad.

Como no puede considerarse culpable a quien no es capaz de voluntad y por lo tanto es inapto para determinar su conducta, la responsabilidad a él impuesta es al margen de la culpa [**Bústamante Alsina (ob cit ; 447)].**

En nuestro derecho, el artículo 121 del Código Penal señala, en los casos de inimputabilidad subsiste la responsabilidad civil del incapaz, siempre que queden asegurados sus alimentos o los gastos de su internamiento; el fundamento de esta regla, que difiere del resto del sistema, no puede ser otro, que la equidad.

Nótese, que la norma crea una acción directa y principal contra el inimputable, quien deberá responder del daño con su propios bienes, cuestión distinta a la acción subsidiaria del guardador, que garantiza su propio patrimonio.

c.2.4. Garantía y Título especial del Crédito

Este factor de atribución tradicionalmente se ha enfocado y explicado partiendo de la culpa como su fundamento. Así la responsabilidad por actos de los dependientes, se explico mediante la llamada culpa in eligendo o culpa in vigilando, sin embargo la probanza de buena elección y vigilancia diligente, no eximen del deber de reparar al deudor que solo se libera probando causa extraña.

Por ello, algunos autores consideran que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva que se fundamenta en la

garantía que el principal da a terceros cuando se trata de daños cometidos por sus dependiente o auxiliares. Por ello, afirmamos que quien asume en nombre propio el cumplimiento de una prestación que no puede realizarla sino con ayuda de terceros, cubre con su propia responsabilidad, la responsabilidad del que llamado a intervenir en la empresa, no se encuentra en relación directa del acreedor. [Vasquez (ob cit ; 212)].

BUSTAMANTE ALSINA, sostiene que se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva y es así, ya que la culpa fundada en presunción iuri et juris, que son los aforismos, al que acuden los sostenedores de los conceptos subjetivos a ultranza, no bastan para explicar el verdadero fundamento de este factor de atribución.

Sobre este factor volveremos a puntualizar al referimos a la responsabilidad de los centros, en concreto, pues este factor tiene gran aplicabilidad para explicar algunos criterios del autor de este trabajo.

d. Relación de Causalidad

El daño que engendra la responsabilidad civil, es aquel

producido por el hecho antijurídico, determinante de su causación, interviniendo alguno de los factores idóneos para atribuir el deber de reparar previsto en la ley.

Así, no todo daño merece la intervención del derecho a fin de atribuirle al autor la obligación de indemnizarlo, sólo aquel daño que con relación al hecho presenta la situación de ser su efecto, será aquel tomado en cuenta para los fines indemnizatorios.

Sobre el tema hemos ya señalado que el deudor en principio sólo responde por los daños que sean previstos o previsibles, al tiempo de crearse la obligación que además sea consecuencia necesaria del hecho, si se tratare del deudor de buena fe.

En lo que se refiere al incumplimiento doloso y el daño extracontractual, el daño se extiende a todos los que conocidamente se deriven del hecho.

No obstante, resulta un conflicto doctrinal la interpretación del alcance del deber de repararlo que ha suscitado varias corrientes o teorías que se han sucedido con mayor o menor vigencia sobre dicho tópico.

En efecto, para que surja en el sujeto autor del hecho dicha responsabilidad es necesario además del daño, que el hecho tenga una relación de causa - efecto o lo que es lo mismo una relación de causalidad, cuestión que pareciera sencilla pero que ha dado a diversas concepciones a lo largo de la historia del derecho, contradicciones que aún persisten.

En ese sentido hay quienes le niegan toda importancia doctrinal, sosteniendo que la cuestión de nexo de causalidad debe limitarse a la labor judicial en cada caso concreto. Así **PUING BRUTAU**, según cita de **BORDEN** sostiene sobre el tema que son en realidad los tribunales los que han de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal, guiándose más que en teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución justa **Brutau en Borden (1978 ; 230)]**.

No obstante de ello, lo real es que el tema tiene vital importancia, tanto doctrinal como práctica, y esto se desprende de la doble función que suscita la causalidad. Por un lado atribuye el deber de reparar y por otro delimita la extensión del daño que debe reparar

el autor como consecuencia de su hecho, a continuación nos dedicaremos a realizar una breve descripción de los principales construcciones al efecto, contestando la interrogante siguiente, qué daños deben ser indemnizados? O lo que es lo mismo, qué relación debe existir entre el hecho y el daño, para que éste sea resarcible?

Sobre el tema se han elevado varias teorías, siendo las principales las siguientes:

d.1. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, expuesta por primera vez por **VON BURI** entre los años 1860 y 1865, según ésta teoría todas las condiciones positivas o negativas concurren necesariamente al producir el resultado, de manera tal que suprima una sola de ellas el resultado no se produce, sigue aclarando el citado autor, que es consecuencia con rigor lógico, que debía admitirse que cada una de las condiciones, por ser necesarias, era la causa de resultado [**Von Buri, 1960 en Bustamante (1993 ; 262)**].

Esta teoría, también denominada de lo *condictio sine qua non*, fue seguida hasta hace poco por los franceses, se le critica que

extiende en forma notoria el concepto de causa y por lo tanto el campo de la responsabilidad [**Martínez (1995 ; 210)]**.

Para determinar, según esta teoría quién o quiénes resultan responsables, había que responderse a una pregunta sencilla, es cierto que sin el hecho o la falta en cuestión el daño se hubiere producido? Si la respuesta era afirmativa, el sujeto era responsable. Por ello esta teoría fue duramente criticada, por lo que hoy ha sido abandonada en por de las teorías individualizadoras [**Vasquez (1993 ; 222)]**.

No adherimos a este criterio, ya que como bien señala **MARTINEZ RAVE**, si en el campo civil se acoge la tesis de la equivalencia de las condiciones, todo el que concurrió con alguna causa determinante el resultado, es responsable civilmente. El ejemplo clásico del herido con arma blanca que es llevado de urgencia al hospital, y el vehículo en que lo conducen colisiona violentamente. Quién es responsable de la muerte? El que lo lesionó? O el responsable de la colisión ? según la teoría de la equivalencia, ambos serían responsable del hecho, sin entrar a determinar si la lesión era de tal magnitud que aún sin que mediare el accidente de

marras se hubiere producido el resultado, muerte con mucha probabilidad, o si por el contrario de no producirse el accidente de circulación no se hubiere, seguramente muerto el paciente [**Martínez (1995 , 211)**].

Esta conclusión notoriamente injusta, fue la principal causa del abandono de esta teoría, por la individualizadoras que son las que prevalecen en la actualidad.

d.2. Teoría de la Causa Próxima.

La teoría de la causa próxima tiene su origen en derecho inglés, esta sostiene que la causa determinante es la más próxima en el tiempo, así, según un pasaje de **FRANCIS BACON** en sus **MAXIMS OF LAW**, será para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última, sin remontar a un grado más lejano [**Bustamante Alsina (1993 ; 262)**].

Para desacreditar esta teoría **ORGAZ** formuló la siguiente situación hipotética. Cuando dolosa o culposamente se cambia el

remedio por un veneno y la enfermera en la ignorancia del cambio suministra la sustancia al paciente y éste fallece, no es esta la causante del homicidio, sino quien previamente realizó el cambio. A la vista está, que la causa próxima, o sea la inmediata en el tiempo, resulta señalar como responsable a la enfermera, quien dio al paciente el veneno. No obstante, es obvio que dicha enfermera en el ejemplo de ORGAZ, no es la responsable [Orgaz en Vasquez (1993 ; 223)].

d.3 Teoría de la Causa Eficiente.

Luego se planteó la teoría de la causa eficiente, la cual parte del criterio de que unas causas son más activas que otras, debiendo las mas activas ser consideradas determinantes y causantes de la responsabilidad de su autor, esta teoría fue rápidamente superada pues ella misma desemboco en la teoría que hoy se admite mayormente.

d.4. Teoría de la Causa Adecuada

En efecto, finalmente la teoría alemana, hoy en vigencia, denominada de la causa adecuada, sostiene que no todos los acontecimientos que producen un daño tienen igual importancia, sino

que debe asociarse aquel antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido causa directa e inmediata del perjuicio. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones, antecedentes o factores concurrentes. [Vasquez (1993 ; 223)].

El inconveniente que puede presentar ésta teoría, está dado frente a la aparición de nuevos daños, los que por su características o modo de suceder no resultan normales. En otro términos cómo puede saberse que tal hecho normalmente desencadena tal situación dañosa, cuando se está por primera vez ante el hecho, de allí que en algunos supuestos será el criterio del juzgador in concreto quien resuelva la situación.

d.5. Posición del Derecho Panameño.

Somos del criterio de que el código civil adopta el criterio de la causa adecuada, esto se infiere a lo previsto en el artículo 992 que señala los daños y perjuicios de que responde el deudor ; tanto de buena fe, como de mala fe.

En el primer supuesto, se refiere a consecuencias necesarias de

la falta de cumplimiento, lo cual sugiere que el hecho antijurídico debe ser adecuado según el normal transcurrir de las cosas, para generar el daño inmediato.

En el segundo supuesto, mala fe, el legislador tampoco abandona el criterio de la causalidad adecuada, lo que hace es atribuir al deudor de mala fe, la imputabilidad del daño mediato, o que conocidamente se derive del incumplimiento, y como una sanción al dolo, lo que no incluye daños que no se deriven del hecho, aunque mediatamente.

Sobre la responsabilidad extracontractual la situación se resuelve mediante la causa adecuada, ya que conforme al artículo 1644 del Código Civil, el que cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, deberá reparar el daño causado de ello se infiere que el daño debe ser la consecuencia del hecho.

4. Clasificación De La Responsabilidad Civil

a) Supuestos de Responsabilidad Civil Contractual

Al arribar a la noción de responsabilidad civil contractual, se hace impostergable definir someramente el concepto “contractual” para los efectos de la responsabilidad civil.

Por responsabilidad contractual debemos entender toda aquella que tiene su origen en el incumplimiento de un vínculo jurídico preexistente, en oposición a responsabilidad extracontractual, que surge del incumplimiento del deber general de no dañar a los demás, el cual tiene como sujeto pasivo a las víctimas del hecho con quien no se tiene vínculo previo.

Se ha dicho que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual hace referencia a la clase de derecho que es violado. La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto da lugar a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y la lesión de los derechos de crédito que nacen de los contratos lleva a la responsabilidad civil contractual [Aguirre (1993: 65)].

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el evento dañoso consiste en el incumplimiento imputable de una de las partes

del contrato o negocio jurídico, que constituye la fuente de obligación a cargo de ellas. El ilícito, en consecuencia consiste, precisamente en el incumplimiento de prestaciones exigibles por causa del negocio jurídico [Zannoni (1993 : 86)].

Al respecto ALESSANDRI, acota que la culpa contractual se funda en la obligación ajustada entre las partes contratantes, cuya violación o incumplimiento genera el derecho para el contratante cumplido de exigir el pago de los perjuicios y los daños que se le ocasionaron y no sólo por el incumplimiento total, sino también por el incumplimiento parcial, incluso por culpa en el cumplimiento es decir, la exigencia en el pago va desde la culpa en el cumplimiento, hasta la culpa en el incumplimiento [Alessandri, 1939 en Aguirre (1993 ; 23)].

Responsabilidad Contractual, importa el incumplimiento de un contrato en sentido estricto, además el incumplimiento de cualquier obligación preexistente fundada en la voluntad lícita de una o más personas, son susceptibles de ser gobernada por normas de responsabilidad contractual por girar en su órbita.

Así, en ciertos casos como los cuasi contratos, en que técnicamente no hay cruce de voluntades, como generador de obligaciones específicas, puede darse y de común es así, que surjan obligaciones a cargo de un sujeto de derecho a favor de otro que constituye su acreedor, y que por tal queda gobernada dicha relación por las normas sobre responsabilidad contractual.

Es el caso del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, en que, virtud del artículo 1635 del Código Civil, se le impone al dueño de los bienes o negocios similares obligaciones a las impuestas al mandante con relación a su mandatario. Obligaciones que pueden resumirse en indemnizar al gestor de los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo, siempre que la gestión le fuere útil.

Las obligaciones a las que nos referimos, en nada defiere de las que impone al mandante, los artículos 1418, 1419, y 1420 del Código Civil, por lo que del incumplimiento del dueño con dichas obligaciones, concede acciones indemnizatorias en cabeza del gestor.

Acción que milita en el campo de la responsabilidad contractual.

Además, en otros supuestos de actos jurídicos unilaterales, se generan vínculos y obligaciones lícitas, ejemplo la aceptación de una herencia gravada con un legado. Sin ser un contrato está regido en lo relativo a los efectos de las obligaciones que genera, a las normas de responsabilidad contractual por tratarse de un vínculo específicamente de origen voluntario y lícito.

b. Supuestos de Responsabilidad Civil Extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual, difiere de la anterior en que ésta supone la inexistencia de todo vínculo previo entre el responsable y la víctima.

Mientras en lo contractual, la responsabilidad tiene su origen en un acto lícito, contrato, al que la ley otorga la facultad de generar por sí, un deber específico a cargo de uno o varios sujetos, a favor de otro u otros, denominados obligaciones y cuyo incumplimiento de la responsabilidad civil, genera la responsabilidad civil extracontractual, tal situación no ocurre. En efecto, en el campo de la responsabilidad extracontractual el mismo hecho que es fuente de la obligación, lo es también de la responsabilidad civil. Se trata de una obligación que es

nueva, no consecuencia de otra, por ello es, a su vez, fuente de la obligación y antecedente necesario del deber de responder.

El maestro colombiano **MARTINEZ RAVE** con acierto a expuesto, que un estado de derecho se procura, no sólo que los gobernantes y los gobernados se sometan a un conjunto de normas que regulen sus relaciones intersociales, que ha sido el concepto al administrativo de estado de derecho, sino que todos los componentes del grupo social gocen de la protección de todos sus derechos e intereses.

El principio general ya conocido desde tiempos históricos de que quien cause daño a otro debe indemnizarlo, debe tener aplicación. Nadie debe sufrir las consecuencias de un hecho de un daño, ocasionado por otro.

El perjudicado sólo debe cargar con las consecuencias cuando corresponde a hechos de la naturaleza o circunstancias no imputables a otra persona.

Si el hecho o daño es imputable a otro porque lo causó directamente, o lo ocasionó un tercero que está bajo su cuidado, o lo

lo causó una cosa de la que es propietario u obtenía algún beneficio, es ésta última la que debe asumir las consecuencias del hecho o daño.

[Martines (1995 ; 40)].

Entre las fuentes de las obligaciones universalmente aceptadas y consignadas en nuestro derecho por el artículo 974, se distinguen claramente las nacidas de los actos u omisiones ilícitas en que intervenga todo genero de culpa o negligencia, además de aquellos que constituyen delitos sancionados por la ley penal.

Así los primeros se rigen por el titulo XVI del libro IV del Código Civil y los otros, por los artículos 119 y siguientes del Código Penal.

En materia de responsabilidad contractual manifestamos que existen normas, que difieren sustancialmente de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual, de ello resulta que necesariamente debamos abocarnos al estudio de las principales normas que rigen aquélla, para luego distinguir la una de la otra.

5. Responsabilidad Civil por Hecho Propio, en el Ambito Contractual y Extracontractual.

En la esfera de la responsabilidad civil contractual, se produce obviamente responsabilidad por hechos propios, cuando quien asume la obligación de dar, hacer o no hacer, determinada cosa o servicio, limitando por ese hecho su conducta, que debe proyectarse al cumplimiento así de la prestación convenida, realiza lo contrario se incurre entonces en responsabilidad civil, por hecho propio. Quien afecta por un hecho propio, un derecho o interés subjetivo ajeno, protegido por el derecho, causando un daño injusto, igualmente produce responsabilidad civil por hecho propio.

Así, según el artículo 976 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Además, conforme al artículo 1109 del Código Civil, los contratantes se deben, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y la ley. Esto es así, porque la regla

general es que los efectos de los contratos alcanzan exclusivamente a quienes lo celebran. Por ello así, quien se obliga convencionalmente y no cumple exactamente lo acordado incurre en responsabilidad civil.

Esta conclusión se infiere de lo establecido en el artículo 986 del Código Civil, que impone responsabilidad a todo el que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriere en dolo, negligencia o morosidad y los de cualquier modo contravinieran el tenor de aquéllas.

Por su parte, el artículo 1644 del Código Civil, señala que “el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Situación que define la responsabilidad por hecho propio en materia extracontractual.

Además, según el artículo 119 del Código Penal de todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resulten culpables, que es la versión delictual de la responsabilidad extracontractual.

De ello resulta que la responsabilidad por hecho propio

importa las conductas positivas o negativas de la persona que de manera directa está llamada por la ley a reparar el daño, siendo esta consecuencia de la inobservancia de una obligación específica proveniente de un vínculo, (contractual) o del incumplimiento del deber genérico de no dañar a los demás (extra contractual).

4. Supuesto de Aplicación Responsabilidad Civil por Hecho Ajeno, en el Ambito Contractual y Extracontractual.

Además de la responsabilidad por hechos propios a la que nos acabamos de referir, existen supuestos en que se debe responder por daños producidos por otras personas, en razón de factores diversos, responsabilidad que en ocasiones tiene su génesis en un vínculo contractual y en otras en la esfera extracontractual.

Lo común en ambos supuestos resulta de la obligación de reparar el daño causado por otro, a salvo el derecho de repetir contra el directamente obligado.

La doctrina denomina tradicionalmente esta responsabilidad como indirecta, pues atañe a quien en principio no ha sido causante

material del hecho dañoso y genera una responsabilidad subsidiaria.

A pesar de no existir en el Código Civil una norma general que de manera precisa se refiera a la responsabilidad civil por hechos ajenos, en la esfera contractual debemos considerar que ésta rige no como consecuencia del artículo 1645 del Código Civil, que se refiere a responsabilidad extracontractual sino por un principio de garantía contenido en diversas normas del propio Código Civil, relativas a determinados contratos típicos en específico, pero cuya aplicación es general a las diversas situaciones, en que por hechos de un tercero el deudor compromete su responsabilidad merced de la analogía y los principios generales del derecho, que son fuente supletoria de la ley según el artículo 13 del Código Civil.

Veamos a continuación algunos supuestos. Según el artículo 418 del Código Civil, el mandante está obligado a cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, así el representante que interviene en la ejecución del contrato vía mandato, lo hace con el consentimiento del deudor, que puede o no ser dependiente suyo, lo que rebasa o podría rebasar la

norma contenida en el artículo 1645 del Código Civil que se refiere exclusivamente a dependientes.

Así, también el mandatario garantiza la actuación de su sustituto, cuando el mandante no le dio facultad de nombrarlo, o teniendo facultad para ello, designa a uno o notoriamente incapaz, o insolvente (artículo 1412 del Código Civil).

En las normas sobre la locación, de igual forma se introduce este principio de responsabilidad por hechos ajenos, así el artículo 1353 del Código Civil dispone, que los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones, que respecto a los posaderos se determinan en los artículos 1476 y 1477 del Código Civil.

En razón de ello, serán responsables de todo daño que ocurra en los bienes transportados, como lo son los fondista o mesoneros con respecto a los bienes de los viajeros, que constituyen supuestos del depósito necesario.

Esta responsabilidad es extensiva a los daños provenientes tanto por dolo como por culpa de los dependientes o criados y hasta por hechos de terceros extraños, con los que el principal no tiene ningún vínculo.

Debe tenerse claro, que esta responsabilidad, que incluye un deber de garantía con relación a los hechos de terceros, sólo se refiere a los bienes introducidos en dichos lugares por los viajeros. No obstante, si se tratare de daños a la persona, la responsabilidad del dueño quedaría limitada a los dependientes.

Esta situación importa una obligación de garantía que ofrece el deudor, que permite la intervención de sus dependientes o subordinados en la ejecución de la prestación, lo que hace que la obligación de seguridad se convierta, en este caso, en una obligación de garantía [**Bustamante Alcina (1993 ; 388)**].

En la esfera extracontractual, se impone con relación al hecho de terceros, la aplicación del artículo 1645 del Código Civil que expresa de manera directa la obligación de resarcir dichos daños, enumerando ciertos supuestos en que se presume responsabilidad

civil a cargo de determinadas personas, con relación a otras.

Así, responde el padre y la madre, solidariamente de los perjuicios ocasionados por los hijos menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habitan en su compañía, responsabilidad ésta que sugiere una presunción **IURIS TANTUM** de culpa, habida cuenta que esta mediante la prueba de la diligencia, en la prevención del daño.

La doctrina sobre esta responsabilidad y su fundamento ha sido conteste, al otorgarle tradicionalmente un carácter subjetivo, asignando al principal el descuido de un deber propio de vigilancia o culpa in vigilando, descuido que da oportunidad, a la ocurrencia del hecho dañoso [**Bustamante Alsina (1993 ; 355)**].

Así, el dependiente esta garantizado por su principal con respecto a los daños que pueda ocasionar a terceros, siempre que, el daño provenga de un hecho relativo a sus funciones o con ocasión a ellas.

El dependiente que causa daño a un tercero es responsable por su hecho propio, pero también lo es su principal, por hecho de sus

dependientes, responsabilidad indirecta en este ultimo caso.

En cuanto a esta responsabilidad, la ley exige que el daño sea imputable al dependiente, que sea durante la prestación de un servicio propio del ramo para el que es contratado o que sea en ocasión a ello, además, que haya una relación de subordinación de uno con relación al otro.

En cuanto a la responsabilidad civil por hechos de terceros en su esfera delictual, el Código Penal señala en su artículo 125, que serán solidariamente responsables del pago de los daños dimanantes del delito, entre otros; las personas naturales o jurídicas dueñas de la empresa de transporte terrestre, marítimo o aéreos de personas o cosas por hechos cometidos por sus trabajadores de transporte, con ocasión del desempeño de sus cargos; las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o representantes legales resulten responsables de hecho punibles que impliquen violación de las atribuciones inherentes al cargo que desempeñan en la empresa, y las personas naturales dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza en que se cometiera un hecho punible por trabajadores a

su servicio y con motivo del desempeño de sus cargos.

Esta norma sustantiva de derecho civil, contenida en el artículo 125 del Código Penal, es clara al establecer una responsabilidad objetiva en la materia, alejándose del criterio del artículo 1645 del Código Civil, respecto de los dependientes. Nótese, que la norma no prevé fórmula de cesación como si lo advierte el último párrafo del artículo 1645 del Código Civil.

7. Supuesto de Responsabilidad por Hechos de las Cosa en la Esfera Contractual y Extracontractual.

La legislación panameña prevé tres casos concretos sobre responsabilidad por hecho de la cosa, éstos a saber son :

- a) Los daños provenientes de cosas inanimados, contenida en los artículos 1647 y 1648 del Código Civil.
- b) El supuesto de daños por bienes inmuebles tales como edificios en ruinas artículo 1649 y el Código Civil.
- c) los producidos por riesgo de la cosa, en cabeza del propietario, que es una consecuencia de la aplicación extensiva del artículo 1644 y 1650 del Código Civil.

En realidad este aspecto ha sufrido cambios significativos en la post - modernidad, la revolución industrial, el maquinismo, entre otras huellas del progreso humano, generaron a su vez, nuevos y variados riesgos al que se enfrentan terceros hipotéticamente extraños, a la cosa causante potencial de daños.

Así, se fue elaborando y aplicando con mayor frecuencia la teoría del riesgo creado, que como queda dicho, parte de la base de la adopción por quien introduce el elemento de riesgo a la sociedad de los daños que la cosa introducida, genere en las demás personas o en su patrimonio.

La responsabilidad por hecho de las cosas ha sido totalmente absorbida por las teorías que se inspiran en factores objetivos, a la luz de las cuales, intentamos sustentar la responsabilidad de los centros médicos en los daños a los pacientes en el supuesto de vicio en la cosa.

8. Delimitación del Ambito de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.

Se ha señalado que la consecuencia final de la culpa civil, en ambos ámbitos de responsabilidad civil imponen el deber de indemnizar daños sea como consecuencia del incumplimiento de un deber preexistente in concreto, (contrato) o de la colisión con el deber general de no causar daño a otros (extracontractual) esta cuestión suscita aún consecuencias prácticas por la diversidad de las regulaciones que nuestra legislación le dispensa a cada una.

Así, el tema del cúmulo u opción de la responsabilidad aún mantiene vigencia, por ello habrá de elegir, para tener éxito en una reclamación entre una u otra regulación sea contractual o extracontractual ya que de cada acción emanan consecuencias diversas.

Al efecto, no puede acumularse con éxito normas relativas a la una y a la otra v.g. la prescripción larga en materia contractual que es una ventaja con relación a la prescripción de plazo corto en materia extracontractual y a su vez pretender apoyar el mismo

reclamo en las presunciones de culpa de la responsabilidad extracontractual.

Puede suceder que un mismo hecho sea a su vez falta contractual y delito sancionado por la ley penal, el ejemplo del médico que por negligencia le produce una lesión grave a su paciente mientras le hace un examen ocasional. En el caso sub - judice el medico deberá responder por la comisión del delito de lesiones por producir pero habrá cumplido defectuosamente la prestación debida, en razón del contrato de prestación de servicios médicos. En este supuesto la víctima deberá elegir entre la acción contractual o la extracontractual, pero no podrá ejercer ambas bajo pretensión de reparación de daños.

El elegir el ámbito contractual o extra - contractual importa por las diferencias de regulación existentes entre ambas, de ellas enunciamos las principales que prima facie saltan a la vista.

- 1) En su origen la responsabilidad contractual supone la existencia de un vínculo previo, una relación que se transforma en razón del incumplimiento en el derecho de

indemnización, en la responsabilidad extracontractual el deber de reparar descansa sobre la base de una obligación nueva generada del hecho de causar daño, en violación a un deber general, de no causar daño a otros.

- 2) En cuanto a la naturaleza subjetiva de la culpabilidad mientras la responsabilidad contractual distingue entre la buena fe, mala fe, le extra - contractual la consideración de la culpabilidad y su distinción entre dolo y culpa no tiene efecto practico alguno.
- 3) Como consecuencia de lo anterior el daño resarcible en lo contractual incluye, si es de buena fe, los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de convertirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, en tanto, si el incumplimiento fuere de mala fe, responderá el dcudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento, situación que como queda dicho no opera en materia extracontractual, en que la obligación de reparar siempre es integral ver artículos

992 y 1644 del Código Civil.

- 4) Por ello mismo, el juzgador podrá moderar la responsabilidad civil proveniente de negligencia en la esfera contractual, mas no en la extracontractual artículo 988.
- 5) En plazos prescriptivos liberatorios difieren, mientras la responsabilidad contractual es de siete años , artículo 1701, el plazo de la responsabilidad extracontractual es de un año, artículo 1706.
- 6) Mientras la culpa se presume en materia contractual en materia extra - contractual esta debe ser probada por quien la alega.
- 7) La producción de la mora en materia contractual está supeditada a la interpelación, artículo 985, en materia extracontractual la mora es simultáneamente a la ocurrencia del hecho, es automática.

- 8) En cuanto a la materia, la responsabilidad extracontractual siempre da pie a procesos civiles, en tanto en razón de la materia la responsabilidad contractual puede referirse a procesos de otras jurisdicciones, como v.g. lo laboral, marítimo etc.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACTO MÉDICO.

1. Aspectos Históricos

La ética médica tiene venerable y antigua tradición en el juramento hipocrático de los médicos Asclepiades, discípulos de Hipócrates en la Grecia clásica del siglo II antes de Cristo.

En los primeros tiempos en Grecia la medicina tuvo carácter sacerdotal, al igual que los demás pueblos primitivos. Su asiento principal lo constituyeron los sanatorios de los Asclepiades, lugares que hacían las veces de hospitales. Luego, con el correr de los años se operó la independencia profesional, en el sentido de que los Laicos pudieron ejercerla sin ningún vínculo con la clase sacerdotal. Las asociaciones laicas fundaron escuelas y allí, claro esta, bajo auspicios de los dioses, enseñaban la medicina.

En cuanto a los requisitos indispensables para ejercer la medicina sobresale el del Juramento Hipocrático, que por regla

general , era exigido a los que por algún derecho habían sido acreedores al permiso de ejercer. Dicho juramento tenía un fondo moral de gran alcance, la ética profesional era su finalidad [Cardona (1991 : 115)].

El juramento además, contenía varias y severas advertencias relativas a la manera de ejercer la medicina, éste es considerado en la actualidad de primera importancia, al punto que se utiliza como norma rectora de la conducta y deontología médica.

Estas tradiciones éticas, junto con los conocimientos de esta escuela, se transmitieron a la medicina romana y bizantina, a la árabe, hebrea y cristiana del medievo. En Europa se presentaron estas enseñanzas éticas en el renacimiento y los tiempos modernos en los siglos XV a XIX y hasta nuestra actualidad.

A la vez , a través de la historia del derecho y de la medicina, la responsabilidad del médico ha sido jurídicamente regulada.

En la antigua Persia se autorizaba el ejercicio de la medicina, a quien hubiere tratado por lo menos a tres enfermos pobres que no

debían morir, se cuenta que en Persia, habían tres clases de médicos los que curaban con hierbas, los que curaban con plegarias y los que recurrían a cruentas operaciones, existía también una gradación de honorarios, la cual se pagaba en especie.

El Código de Hammurabi condenaba a muerte al médico que, entre otras causas, no atendía con la prudencia y cuidados necesarios, ocasionando daño al paciente, o bien se le cortaban las manos.

En Egipto y Grecia, se formaron colegios secretos y actuando conforme a ciertas reglas no se incurría en responsabilidad, cualquiera fuera la suerte del paciente, si se apartaba de dichas reglas y sobrevinía un daño, entonces el médico era responsable y se le aplicaban en consecuencia, castigos severos.

En Egipto también se menciona la existencia de colegios, con similares características de las señaladas.

La nota común de los pueblos antiguos, suscita en que la medicina se relaciona con fenómenos de carácter religioso, no obstante en Grecia la medicina apoyada en criterios naturales y

racionales alcanzó un gran apogeo.

La cuestión en Roma, fue vista en lo jurídico como un contrato de arrendamiento de servicios. (locatio operarum)

En la locatio operarum el locador presta al conductor, determinados servicios; sin embargo, no todos los servicios podían ser objeto de arrendamiento, excluyéndose de ellos, los que eran difíciles de determinar en dinero. Entre éstos los operae liberales o sea, los servicios prestados por quienes ejercían profesiones liberales como médicos, abogados, podían pedir renumeración - honorarios - reclamable en justicia por una cognitio extraordinaria.

En determinada época del derecho romano terminó por concederse al médico y los demás profesionales liberales el derecho de percibir una remuneración denominado honor, y una cognitio extraordinaria para reclamarla, según el cual el magistrado decidía la disputa sin organizar la judición. La sentencia se llamaba decretum y la condena en caso de daño injusto era pecunaria o la sustituida en especie asegurando el magistrado su cumplimiento en virtud del imperium. [Yungano (1992 ; 29)].

Lo real es que la responsabilidad Civil y Penal del médico en Roma se hizo necesaria y se plasmó en normas de derecho en la legislación, no en los primeros tiempos y manifestaciones de la práctica médica, sino años después, ejemplo de ello tenemos las llamadas Leyes de Numa, en donde se encuentran descritos algunas operaciones quirúrgicas y otras relativas a la odontología. Las sanciones establecidas para los violadores de estas normas son muy explícitas y enérgicas [Cardona (1991 : 270)].

Como se advierte, el arte de curar en la antigüedad se presenta como un oficio liberal, limitado a ciertos sectores que poseían cierta destreza y habilidad al efecto.

Los colegios a los que nos hemos referido no eran más que agrupaciones reguladoras de la actividad; mediante la adopción de reglas generales que debían seguir los galenos, la noción de clínica, hospital o centro no es relevante en la antigüedad, de ello resulta que los textos legales antiguos no se ocuparon de la responsabilidad de éstas.

2. La Medicina de Hoy

Luego de este breve esbozo de la medicina en su orígenes debemos señalar que la actualidad ha dejado atrás por completo los antiguos moldes en que se realizaba dicha actividad.

La revolución tecnológica, la informática, los descubrimientos científicos, la invención de costosos pero efectivos y eficaces instrumentos de prevención y curación han hecho del arte de curar una cuestión que rebasa las posibilidades del médico, individualmente considerado.

La medicina moderna es una de las ramas de la ciencia que ha tenido mayor desarrollo, las investigaciones de laboratorio, han desarrollado el campo de la patología con el descubrimiento de nuevas enfermedades, así como la precisa determinación de la etiología y con ello, la posibilidad de diagnósticos ciertos y terapéuticas adecuadas mediante tratamientos clínicos o intervenciones quirúrgicas cada vez más audaces y delicadas.

Todo ello ha sugerido un aumento de los riesgos profesionales

del médico, que puede incurrir en responsabilidad, pero también sugiere la necesaria intervención de entes capaces de sostener el prohibitivo valor patrimonial de un centro médico aún modestamente equipado.

La pequeña clínica del medievo pasó al museo de la historia, junto con el arado manual y la televisión blanco y negro. Sin embargo, y a pesar del desarrollo tecnológico y los impresionantes descubrimientos científicos logrados, el arte de curar depende en gran medida de la actuación del médico, porque no hay hospital que funcione sin estos profesionales, por lo que antes de formalizar nuestra posición relativa a la responsabilidad de los centros debemos analizar la responsabilidad civil del médico, por cuanto que aquella, la de los centros, no es sino consecuencia de ésta.

3. La Responsabilidad Medica en General

El tema médico supone varios aspectos éticos, civiles y penales, por lo que respecta a los primeros, estos se confunden con los deberes profesionales que resume el propio código de ética de la

Asociación Médica Nacional de la República de Panamá; los segundos tienen su regulación en el derecho común, al igual que las transgresiones médicas constitutivas de delitos perseguidos por la ley penal.

Conforme al Código de Ética de la Asociación Médica Nacional, todo médico debe respetar las reglas éticas y los principios morales que inspiran la profesión, imponiendo reglas imperativas a todos los que ejercen la medicina en la República de Panamá, sea cual fuere la modalidad de su especialidad, veamos en consecuencia, algunos de los deberes específicos contenidos en dicho conjunto de normas.

a) Deber de humanismo

El deber del humanismo conforme a este enunciado se manifiesta el carácter humanitario de la medicina. La profesión médica está al servicio del hombre, reza el artículo 6 del Código de ética. Por ello mismo, impone al médico el respeto a la vida, a la integridad y ordena la capacitación permanente tanto en su formación humanitaria y humanista.

b) Deber de Asistencia

Impone el deber de asistencia de forma particular, al encontrarse en presencia de un herido o enfermo debe prestarle la ayuda o asegurarse de que reciba cuidados necesarios.

Reprime la competencia desleal entre colegas al erigir como un derecho del paciente la elección de su médico, lo cual reprime la piratería entre galenos.

c) Deberes Sociales

Impone igualmente deberes sociales, como la de colaborar en políticas que tengan por objeto o finalidad asegurar a la colectividad el mejor grado de salud.

Así, en lo ético y deontológico el médico está regulado por dicho conjunto de normas, cuya infracción supone un proceso de naturaleza no judicial, que puede concluir en sanciones disciplinarias que no necesariamente desencadenen el nacimiento de acciones civiles.

Para que esto suceda en menester que la falta ética además revista el carácter de ilícito.

4. El Médico y la Responsabilidad Extracontractual.

Se ha discutido si el origen o naturaleza del servicio de asistencia médica proviene de un vínculo contractual, o si por el contrario es ajeno al contrato, cuestión que determina el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil del médico, en el supuesto de daños con ocasión a la prestación de los mismos, con las sabidas consecuencias que en uno y otro sistema contempla la legislación vigente.

La ubicación de la responsabilidad médica ha sido cuestión históricamente discutida, se sostuvo que la responsabilidad civil del médico por daños al paciente gravitaban en la esfera extracontractual, ya que era el resultado de la infracción del deber genérico de no causar daño a las demás.

En la actualidad es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina considerar la responsabilidad emergente de la relación médico - paciente como naturaleza contractual.

Esta conclusión se generalizó a partir de un celebre fallo

dictado por la jurisprudencia francesa, se trataba de una madre que reclama a la comuna la reparación de daños y perjuicios por la muerte de su hija que falleció por un error al aplicársele un medicamento.

La defensa del médico se basó en la excepción de prescripción ya que según la tesis aún imperante, la responsabilidad del médico era de origen extracontractual y siendo ello así, la acción civil había prescrito.

La ponencia del tribunal de instancia señaló que sin perjuicio de la condena criminal a la enfermera, la municipalidad era responsable, pero en la esfera contractual, pues una relación de tal naturaleza se da cuando una persona se interna en un hospital, no obstante la gratuidad de servicio.

En la República de Panamá, nuestra jurisprudencia ha mantenido un criterio distinto al juzgar los casos de mal - praxis médica en la esfera de lo extracontractual.

Así fue desatado el proceso propuesto por **JOSÉ M. TERAN** y **GLORIA TERAN**, contra la Doctora **BRITANIA RODANICHE**, quien por negligencia en la asistencia de un parto de la señora **TERAN**, provocó que el producto se malograra y quedara con severos trastornos permanentes.

El tribunal condena a la doctora demandada mediante la aplicación del artículo 1644 del Código Civil, haciendo total abstracción del contrato de asistencia médica, que obviamente vinculaba a las partes en el proceso.

La Corte Suprema de Justicia en fallo dictado por la Sala Civil dentro del proceso ordinario propuesto por **VIDAL CORDOBA SANCHEZ**, contra **CLAUDIO MORENO**, sostuvo el mismo criterio. Se trataba de un ciudadano que padecía de problemas en el ojo derecho y concurrió al Centro de Salud de Las Tablas, y que atendido por el demandado, le fue recetado por éste, medicamentos que a la postre fueron determinantes en la pérdida permanente de la visión en dicho ojo.

La Honorable Corte Suprema de Justicia al absolver al demandado sostuvo entre otras cosas “a esta altura del estudio cabe recordar dice la corte, que la culpa, sea grave, leve o levísima, conlleva, para que de ella pueda derivarse la obligación de indemnizar, daños y perjuicios según nuestra legislación (artículo 1644 del Código Civil) que la acción y omisión imputable al exigido, haya sido la motivante del perjuicio.

Lo cual no deja dudas, sobre el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la ubicación del problema de la responsabilidad médica.

Sin embargo, y a pesar de ello es necesario establecer que el criterio dominante es el inverso, así MAUAD, sostiene en la revista Lex Enero y Agosto de 1994, el criterio de la responsabilidad contractual aunque no de manera categórica [**Mauad (1994 : 47)**].

Por lo que respecta a este estudio es preciso concluir que para nosotros la responsabilidad tendrá carácter contractual y ello es así, en razón de que la relación médico - paciente es el producto de un acuerdo o vínculo preexistente el cual concede derechos y obligaciones a ambas partes, el médico por el contrato tiene derecho

a recibir honorarios y por ello mismo esta obligado a prestar sus servicios, conforme a los medios a su alcance, siendo diligente y acucioso.

Existen supuestos muy específicos en que la conducta del médico puede generar responsabilidad civil de origen extracontractual v.g. el médico que se niega a socorrer a un accidentado que por no ser atendido por el galeno, pudiendo hacerlo, muere, nadie encontrara en ese caso fundamento contractual a dicha responsabilidad, pero en todo caso en el supuesto de responsabilidad extracontractual por omisión es muy difícil, hilbanar una teoría coherente que vincule a los centros privados como responsables subsidiarios del médico; por ello no hemos de profundizar mas sobre el tema.

5. El Médico y la Responsabilidad Contractual

Sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del médico, han habido posiciones extremistas, algunos han alineado a la tesis extracontractual negando cualquier posibilidad de responsabilidad contractual, así **BORDA**, considera que la responsabilidad médica es

de naturaleza extracontractual, pues no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina haya o no contrato, no admite en consecuencia la aplicación de las reglas contractuales en ninguno de los supuestos de daño [Borda (1983 : 462)].

Otros dentro de la doctrina argentina consideran que la responsabilidad siempre será contractual. Extienden a la relación médico - paciente que no se suscita mediante un acuerdo de voluntades expreso (contrato) la aplicación de las reglas contractuales a otros supuestos, que según ellos se han considerado extracontractual de manera errónea.

Así, cuando el médico presta sus servicios a alguien que se ha desmayado en la vía pública o ha sido atropellado y está en estado de inconciencia o de shock, el médico actúa en virtud de un deber legal fundado en su juramento profesional, lo que generaría una obligación ex lege, o bien en una voluntad tácitamente anticipada según la cual en caso de accidente, la persona aceptará los servicios del médico que ocasionalmente la asista [Yungano et al (1992 : 35)].

En esta tesis de la voluntad tácita incluyen los supuestos de los incapaces e incluso del suicida, lo que en nuestra opinión es forzar exageradamente en el sistema contractual nuestro, situaciones que de manera obvia no se compadecen de la estructura de libre manifestación de voluntad como elemento central y básico de la generación del vínculo contractual.

Llegar a concluir que existe contrato allí donde no ha habido consentimiento resulta a todas luces desacertado.

Creemos que a pesar de que la regla general es la responsabilidad contractual, existen claros supuestos de responsabilidad extracontractual bien definibles en que el médico y paciente se relacionan ajenos a todo tipo de contrato.

Consideramos con **VASQUEZ FERREYRA**, que si bien la doctrina y la jurisprudencia se inclinaron pacíficamente a la tesis contractual, existen no obstante supuestos excepcionales en que la responsabilidad civil del médico puede ser de origen extracontractual [**Vasquez (1945 : 44)**].

BUSTAMANTE ALSINA señala en el mismo sentido que será extracontractual la responsabilidad del médico, en los siguientes casos:

- a. Cuando los servicios médicos son requeridos por otra persona distinta al paciente. La responsabilidad del médico con el paciente rebasa el contrato aunque sobre este tema habría que discutirse lo relativo a la estipulación a favor de terceros.
- b. Cuando son prestados espontáneamente sin consentimiento del paciente, como ocurre en caso de accidente callejero y el médico auxilia a la víctima. Sobre esto somos del criterio de que es un caso típico de responsabilidad extracontractual del médico, que su negativa de atención importa no sólo un delito civil, sino en el supuesto específico de muerte agravación del paciente, este puede ser además un delito penal.
- c. Cuando los servicios son prestados en contra de la voluntad del paciente, como en el supuesto del suicida, que recibe auxilio médico.

- d. Cuando el médico comete voluntariamente un delito penal en relación a una persona sea o no cliente. Por ejemplo si cometiera homicidio prescribiéndole una supuesta medicación que determine la muerte del enfermo **[Bustamante (1993 : 500)]**.

Además de los supuestos enumerados, algunos autores incluyen otros, como el de contrato nulo, la atención de incapaces, sin la autorización de su respectivo representante, cuando la intervención del médico es impuesta coercitivamente por una institución policiva, o reconocimiento médico para ingreso a la carrera militar y casos de naturaleza análoga **[Bueres 1992 en Vasquez (1995 : 47)]**.

Vale la pena antes de agotar este breve segmento sobre la ubicación de la responsabilidad médica, indicar que la misma importa sólo para los efectos de la prescripción y de la extensión del deber de resarcir.

Lo anterior es así, pues desde la generalización de la tesis de **DEMOGUE**, que clasifica las obligaciones de hacer, en obligaciones de medio y de resultado, se ha generalizado también el criterio de que la responsabilidad del médico es de medios generalmente y sólo excepcionalmente de resultado.

Así, el médico no garantiza el resultado de sanación de su paciente sólo garantiza que empleará todo el cuidado, la diligencia y destreza que debe tener un médico en el cuidado de sus pacientes, por ello no se presume su culpa probado el resultado dañoso, pues el médico no se obliga a garantizar un resultado específico.

La inejecución de la prestación o la prestación defectuosa del médico no se mide por el resultado dañoso, sino por la falta médica, o lo que es lo mismo la culpa medica, siendo así corresponde a la víctima, al paciente probar la culpa del deudor, idéntica situación que en la responsabilidad aquiliana.

No obstante de esta regla general, existen supuestos en los que el médico se obliga a una prestación de resultado, puede mencionarse las intervenciones de medicina estética v.g. En estas cosas el

médico debe documentar lo acordado con el paciente y cual fue el resultado que se comprometió a obtener, que de no producirse genera responsabilidad en el médico, que sólo se libera por los medios contractuales comunes probando causa extraña | Achaval (1992 : 227|.

6. Contrato de Asistencia Médica

Entendemos por contrato de asistencia médica, aquel celebrado entre el médico y su paciente, tiene por objeto la prestación de asistencia curativa mediante el pago de precio, honorarios.

Sobre la naturaleza jurídica de este contrato han habido discrepancias importantes en la doctrina más autorizada, ya que no resulta fácil la inclusión dentro del ámbito de los contratos típicos la figura de este contrato en razón de sus particulares características.

El autor argentino **ALFREDO ACHAVAL**, hace una interesante síntesis de las diversas tendencias que plantean posiciones relativas a la naturaleza jurídica de esta figura distinguiéndose las siguientes concepciones.

a) Teorías sobre la Naturaleza Jurídica del Contrato de Asistencia Médica

a.1) La del Mandato

Los sostenedores de ésta, asimilan el contrato de Asistencia Médica al mandato, pero a ella se la criticase para viabilidad, ya que el mandato se refiere a actos jurídicos y el Contrato de Asistencia a un servicio específico sobre la persona del paciente.

a.2) Teoría de la Locación del Servicio

Algunos autores que consideran irrelevante la distinción entre trabajo físico y trabajo intelectual, afirmaron que entre médico y paciente se establece una locación de servicios. Característica de este contrato es la dependencia jurídica del Locador frente a quienes contrata sus servicios y la obligación de cumplir sus tareas conforme a la indicaciones del empleador. Por ello algunos autores rechazan la locación de servicios, con el tipo de contrato que gobierna la especie de contrato médico, ya que no existe en esta subordinación jurídica del médico al paciente. Algunos en cambio la admiten en cuanto a la relación médico, entidad asistencial [Mauad (1994 : 78)].

a.3) Locación de obra

BUSTAMANTE ALSINA, considera que la tipificación correcta del contrato médico es la locación de obra, aunque muchos autores la consideren inapropiada, ya que quien ejecuta una obra promete un resultado, sin embargo los sostenedores de esta opinión doctrinal entienden que no es necesario que en la locación de obra, el deudor se obligue a un resultado específico [**Bustamante (1993 : 515)**].

DE LORENZO indica que puede denominarse contratos médicos o de asistencia médica aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción , prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud | **De Lorenzo 1984 en Fernández (1988 : 65)** |.

a.4) Teoría del Contrato Multiforme

Esta teoría señala que es multiforme o variable, teniendo en cuenta que dada la multiplicidad de hipótesis, que pueden surgir entre el médico y paciente, cada situación, examinada a la luz de sus caracteres propios, podían configurar bien una locación de servicio,

bien una locación absorbida dentro del arrendamiento de servicios, puede considerarse como una subespecie el de prestación médica, aunque no tiene un encasillamiento único, pues a veces aparece enmascarado como contrato de trabajo y otros como contratos de obra o empresa, por ello, y dada su naturaleza polifacética, la innovación conduce a una atipicidad sui génesis [Fernández (1988 : 65)].

a.5) Nuestra Posición

Somos del criterio de que el contrato de servicios médicos es de obras o de empresa, pero con particular promoción en razón de los fines al que se contrae el prestación sobre la cual se refiere.

Ahora veamos cuales son las principales obligaciones que adquiere el médico en razón de este contrato.

b) Obligaciones del Médico

b.1.) Historia Clínica

El médico desde que entra en relación con un paciente tiene el deber de abrir un expediente en el cual debe hacer constar los tratamientos generales del paciente, medicación sugerida y todos los

por menores de la relación, a ello también se le denomina cuadrícula o historia clínica.

En el expediente (historia clínica) se detallan los resultados de exámenes y otras constancias que guarden relación que el paciente que puedan ser de utilidad en la preservación de su salud.

El diagnóstico del médico debe tener su fundamento en la hoja clínica, cuadrícula o historia clínica del paciente.

La historia clínica, puede ser conceptualizada como un legajo personalizado del paciente dado a identificación con los datos personales de él y en cuya diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento y registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido sucediendo en punto a la evolución del titular.

En este punto se anota la clara advertencia del doctor **LIBERMAN** en ponencia en el primer congreso si las historias clínicas estuvieran ordenadas, prácticamente la relación médico - paciente mejoraría vertiginosamente no haría falta que lleguen a los juzgados papeles con garabatos y consignas que nadie entiende y

cuando hay que hacer una pericia la primera imagen es deplorable
[Lieberman 1993, en Zuccherino (1994 : 23)].

En el Congreso Interdisciplinario de mala praxis médica celebrado en la Capital Federal , Buenos Aires, el 10 de junio de 1993, sobre el punto estudiado se puntualizó los elementos que deben constar en una correcta historia clínica, así;

- a) Los datos de conocimiento brindados por el propio paciente, suerte de verdadera declaración que él concreta sobre sus antecedentes y evolutivos.
- b) La expresión del facultativo de intervención en referencia a las motivaciones que llevaron al paciente a requerir de sus servicios profesionales, con indicación de todas y cada una de los estudios ordenados, y naturalmente, la referencia al diagnóstico establecido;
- c) La consignación de todos los tratamientos, intervenciones y demás terapéuticas ordenadas para el establecimiento o manutención de la salud del paciente;

- d) Si dentro de la labor profesional emprendida se han debido ordenar intervenciones quirúrgicas, el relato de desarrollo debe ser extenuado en sus contenidos, ello a partir del fundamento mismo de la internación y dando gran importancia a la puntual expresión de los riesgos posibles y de su apercibir a su respecto al enfermo.
- e) Un completo detalle del posoperatorio completa el cuadro de situación.
- f) Toda negativa o interrupción por parte del paciente a la terapia que le fuera ordenada debe quedar consignada en el instrumento que venimos estudiando, como la firma del interesado si fuere posible [**Zuccherino op cit**].

b.2.) Asistencia Adecuada Al Paciente

En la declaración de Ginebra de 1948, se señala entre otras cosas en el juramento médico “velar solícitamente y ante todas las cosas por la salud de mi paciente”, este juramento se convierte en prestación concreta a favor del paciente y sobre el médico al producirse el contrato de asistencia médica. En razón de ello, el

galeno asume la obligación de velar por la recuperación de su paciente mientras dure la relación , mediante una sucesión de prestaciones, auxilios y/o socorros, en la medida de la necesidades del específico paciente y su dolencia en particular.

La principal obligación del médico es la prestación de los servicios médicos con la debida diligencia y la exigible eficacia.

Esta obligación es asumida, como consecuencia de la propia naturaleza del arte de curar, afirmándose que la obligación primaria del médico es la de prestar asistencia al paciente y no su curación.

Hemos dicho que la prestación médica se ubica dentro de las obligaciones de medio, por ello el médico no se obliga a obtener para el enfermo la curación a ultranza, ni siquiera el alivio o la mejoría de su mal; no garantiza la eficacia del tratamiento o de la operación que se emprende; puede incluso su meta sea evitar la enfermedad aún no contraída, pues gran parte de la actividad médica se dirige no tanto o no sólo a curar, sino también a prevenir la enfermedad para evitarla, intensificando las prácticas de higiene y profilaxis [Fernández (1988 : 202)].

b.3.) Diagnostico

Es la formulación que hace el médico de la causa o posible causa de la dolencia del paciente, esto debe estar apoyado con elementos científicos y técnicos confiables según la conciencia y la mejor ciencia del médico.

El médico se obliga a realizar el mejor diagnostico posible, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestan los servicios, para ello debe estar en permanente actualización sobre las nuevas patologías descubiertas por la ciencia, para así realizar, el mejor diagnostico posible.

Por ello, tomará en cuenta la historia clínica del paciente, sus sentidos actuales y precisa comprobar mediante pruebas alternas la corrección o no de dicho diagnóstico, que inicialmente podrá ser provisional o probable.

Es evidente que la práctica de la medicina es demasiado aleatoria, pues el diagnostico, aún siendo un paso o diligencia lógica, con un margen de error escasísimo en muchos casos, en otros, sin

embargo, se parte de sus hipótesis posibles que pueden desembocar en un grado muy alto de álea o suerte.

Por otro lado, la terapéutica comporta una extensión muy amplia en su aplicación, en particular por los efectos secundarios de los medicamentos o de las técnicas a emplear con sus múltiples complicaciones que la hacen ineficaz para la curación del paciente en ocasiones; la índole o carácter de la propia enfermedad [**Fernández (1988 : 205)**].

Por ello al igual que todas las obligaciones asumidas por el médico se deben analizar en función de la diligencia empleada en su formulación.

Así, el médico, dice **YUGANO**, al formular el diagnóstico debe contestarse las siguientes preguntas: 1) Por qué o sobre la base de qué elementos afirmo yo este diagnóstico? y 2) Suponiendo que este sea incorrecto con hechos comprobados y comprobables [**Yugano et al op cit 118**].

El diagnóstico puede ser:

a) de urgencia cuando las circunstancias lo exijan ante la

gravedad del caso y la imposibilidad de medios auxiliares.

a) Terapéutico - correlativo del anterior o en caso de que no se haga efectuado diagnóstico definitivo y se actúe de acuerdo con la sintomatología y

b) definido - sobre la base de los enfoques etiológico, semiológico y patogénico, con la inclusión de los medios auxiliares.

[*ibidem*].

b.4) Deber del Tratamiento

En el juramento hipocrático de los médicos se lee, de los sistemas de vida, alimentación y demás me valdré solamente para beneficios de la salud de los enfermos, según mis conocimientos y juicios, me apartaré de todo método que pueda ser dañoso o ilegal.

Este enunciado ético moral de la actividad médica se desarrolla jurídicamente en el deber de tratamiento, que significa traer hacia sí, un acto o una serie de actos que constituyen la materialización de la asistencia médica.

El médico, dice el artículo 29 del Código de Ética de la Asociación Médica de la República de Panamá, debe ser leal con sus pacientes, utilizando todos los recursos de su ciencia, considerándose como una falta moral la del médico que atiende a un enfermo sin tener los conocimientos necesarios, y que, consiente de ello, toma decisiones importante que puedan dañarlo sin consultar con el que más sabe.

Además, el artículo 30 señala, el médico no deberá extralimitarse en cuanto a emitir diagnóstico, al igual que el tratamiento respectivo que deba utilizar si este no encaja en las aceptadas por Instituciones científicas y técnicas legalmente reconocidas desde todo punto de vista profesional médico.

De lo expresado en las normas citadas podemos concluir que el tratamiento debe reunir los siguientes requisitos, a. Haber sido autorizado o admitido por Instituciones Científicas y Técnicas Médicas Legalmente Reconocidas. b. Ser adecuado al enfermo y la enfermedad. c. Tener la calidad o propiedad tal que produzca o deba producir un efecto curativo en el enfermo. Por ello, el médico

además deberá hacer un seguimiento de la evolución del estado del paciente y su reacción ante el tratamiento, a fin de irlo readecuando de no obtenerse el resultado esperado. Los tratamientos en medicina no tienen siempre el mismo resultado. Por ello un resultado favorable paciente en situación similar, no es garantía de que el mismo tratamiento específico produzca el mismo resultado favorable con otros pacientes. De allí, el carácter aleatorio del ejercicio de la medicina, que justifica que se considere como una obligación de medios.

El médico que descuida el deber de seguimiento específico del tratamiento ordenado al paciente, es susceptible de incurrir en responsabilidad, si la evolución de la enfermedad causare empeoramiento en la salud del paciente, como consecuencia de tal descuido .

b.5) Deber de Información

Como quiera que las reglas que rigen el ejercicio del medicina están recogidas en el Código de Ética de la asociación médica de la República de Panamá, nos permitiremos sobre este punto resaltar los

que al efecto señala el mismo.

El médico tiene el deber de mantener información del estado de salud de su paciente, ya sea por escrito o por cualquier otro medio, de manera que tanto la institución donde presta sus servicios, así como los familiares del enfermo estén enterados.

Deberá también a petición de otro colega y siempre con la conformidad del paciente, suministrar los informes necesarios para completar el diagnóstico y/o continuidad del tratamiento (artículo 61).

El médico en consecuencia tiene el deber de informar al paciente su diagnóstico, pronóstico y posibilidades del tratamiento. La información del médico debe ser clara, leal, verdadera y al alcance de la comprensión del paciente, atendiendo a su condición personal, su estado de salud y demás elementos particulares del caso mismo.

El deber de información que pesa sobre el profesional y que se exhibe como un auténtico derecho por parte del paciente, tanto que sobre este último se asienta su consentimiento, figura que en los últimos tiempos viene siendo propugnada por un sector de la doctrina en crecimiento como consentimiento informado [**Zuccherino (op cit 24)**].

b.6.) La Derivación del Paciente

Como queda dicho, el médico no debe extralimitarse señalando diagnóstico sin la completa seguridad de su eficiencia, pues como dice el artículo 25 del tantas veces citado, Código de ética de la Asociación de la República de Panamá, “ el médico ayuda con lo que sabe, no con lo que ignora. Si bien es cierto, todo médico que se encuentra en presencia de un enfermo o herido deberá prestarle su ayuda o asegurarse de que reciba los cuidados necesarios, esta obligación se limita a los cuidados de urgencia o impostergables, es deber del médico referir al paciente a un especialista si la dolencia o padecimiento tuviere mejor atención y mayores posibilidades de curación en manos de otro profesional, de especialidad distinta.

Es una imprudencia de abstenerse de informar al paciente tal extremo y pudiere en caso de ocultar al paciente dicha circunstancia incurrir en responsabilidad civil, además de la falta ética que ello importa.

b.7) Obligación de Reserva.

El secreto médico no es sino una especie del género del secreto profesional, en razón de ello lo establecido a propósito del secreto profesional, es válido con relación al secreto médico.

En efecto, el secreto puede ser impuesto de manera natural, cuando por la naturaleza del hecho o en mérito de cualidades o defectos personales se impone, por tener sentido, su reserva b) promedio, cuando alguien se obliga libremente a mantenerlo y c) pactado, cuando en virtud de un contrato, una de las partes se obliga a no revelarlo, como el médico, abogado o banquero con su paciente o cliente.

Estos profesionales están obligados guardar secreto, como una garantía social, por ser un deber inherente a su condición profesional, ya que ésta se impone en razón del interés del cliente.

Por ello se dice que una de las principales bases sobre las que se asienta la relación contractual entre el médico y el paciente para la prestación de los servicios médicos es la relación de confianza que se deben mutuamente. De allí deriva como una obligación del médico

en el ejercicio de sus funciones el deber del secreto profesional y que se remonta a los orígenes mismos de la medicina como necesidad de asegurar las confidencias que el médico recibía | **Fernández (1988 : 216) |**.

El código de ética, impone deber de reserva al estatuir que el médico debe a su paciente la más estricta reserva (artículo 10).

De otra parte, el artículo 32 le impone el deber de preservar absoluto secreto de lo que se haya confiado en relación a su paciente y no revelarlo.

Además, el artículo 60 señala que la historia clínica del paciente, sólo puede ser confiadas a personas que puedan respetar un secreto profesional.

En otra arista, si bien se permite el uso de la historia clínica de los pacientes para fines educativos, este uso supone la salvaguarda de los detalles que pudiesen permitir la identificación del enfermo por parte de terceras personas.

Finalmente, se ha discutido sí el silencio o reserva médica, es absoluta o relativa, entendiendo por absoluta, aquel que no será

revelado bajo ninguna circunstancia, y relativa, a la que cede ante determinados supuestos. En nuestra opinión el secreto médico debemos considerarlo como relativo, es decir, debe ceder ante circunstancias que se fundamenten en el interés general como la represión al delito, o la prevención de epidemias, supuestos que dicho sca de paso, expresamente están reconocidas en el código de ética de la Asociación Medica Nacional de la República de Panamá.

Estos supuestos específicos son:

1. Cuando deba protegerse de contagio a segundas terceras personas o a la comunidad.
2. Cuando existan disposiciones legales, específicas referentes al caso en cuestión.
3. La necesidad de no encubrir un crimen, delito o fraude.

Esta norma confirma el carácter relativo de secreto médico, en otros supuestos no incluidos en el citado precepto, el médico será responsable civil de todo daño que proceda de la divulgación injustificada de la información obtenida por este de su paciente, en razón de la relación asistencial.

c) Obligaciones del Paciente

Como el contrato de servicios médicos es un contrato bilateral, ya que del mismo surgen obligaciones para ambas partes, pasamos somera revista de las obligaciones del paciente, que a su vez son los derechos del médico.

c.1) Pago de Honorarios

El paciente que contrata los servicios médicos tiene la obligación de pagar los honorarios correspondientes, y el médico tiene derecho a percibirlos. Así, el artículo 18 del Código de Ética, señala que todo médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, el cual constituye su medio normal de subsistencia, remuneración ésta que fijará en base a su trabajo y de acuerdo con los dictados de su conciencia.

La actividad profesional del médico se entiende y presume retribuida, los honorarios médicos se fijaran, en principio, con absoluta libertad y acuerdo directo entre el médico y el paciente, teniendo en cuenta la importancia de las prestaciones, la propia

notoriedad o prestigio del médico y otras circunstancias relacionadas bien con el paciente o con el propio médico | **Fernández (1988 : 220) |.**

El contrato de asistencia médica es un contrato oneroso, de tal suerte que las recíprocas prestaciones que se otorgan las partes, médico paciente, imponen cargas, siendo la principal del paciente, el pago de los honorarios profesionales al médico.

Aún en los casos de emergencia en que no se produzca el contrato de asistencia médica, se presumirá retribuido el servicio médico, esto se infiere del artículo 3 de la ley 16 de 1986, que dispone;

Los costos de los servicios médicos y de hospitalización de una persona que haya sido asistida en una Institución de salud privada, por alguna de las situaciones de urgencia a las que se refiere el artículo 1 de esta ley, serán cubiertos así:

a) Si el paciente está cubierto por la Caja de Seguro Social, está pagará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica y en los reglamentos respectivos de esta institución.

b) Si el paciente ésta cubierto por alguna póliza de Compañía Aseguradora privada, que cubra gastos de atención médica, hospitalización etc., los gastos de la atención de urgencia serán pagados por la compañía aseguradora.

c) Si el paciente es o no asegurado y por alguna razón no tiene derecho a ser atendido o no califica como beneficiario ni del Seguro Social, ni de ninguna Compañía Aseguradora Privada, los gastos serán cubiertos así: El Estado cubrirá el 50 por ciento de los gastos de hospitalización tomando como base los costos fijados por el Ministerio de Salud; el paciente será responsable ante la Institución que prestó el servicio, por un 20 por ciento del costo de hospitalización, y la propia institución absorberá el 30 por ciento restante más los gastos médicos. En caso de comprobarse que el paciente no posee los medios económicos para hacer frente a esta obligación, la institución de Salud que haya brindado el servicio, absorberá el costo de la atención brindada. Estos costos le serán computados como gastos deducibles del Impuesto Sobre la Renta.

La Contraloría General de la República, en conjunción con la Caja de Seguro Social, la Asociación Panameña de Hospitales Privados y el Ministerio de Salud, creará los mecanismos necesarios para llevar un control adecuado de estos casos.”

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación dictada el 28 de mayo de 1991, dentro del proceso ordinario propuesto por Clínica y Hospital, S.A. (Centro Médico Paitilla) externo el siguiente criterio.

Un análisis de esta disposición demuestra que el pago de los servicios médicos y de la hospitalización de una persona que es atendida en un establecimiento privado que cuenta con las facultades adecuadas para atenderlo, quien por razones de su gravedad no puede acudir a los centros de salud público sin graves riesgos inmediatos para su vida, será hecho a esa institución en atención a si el paciente es beneficiario de la Caja de Seguro Social, de tener derecho a ello, o por una Compañía Aseguradora privada si tiene una póliza para este evento o, de no existir ninguna de estas eventualidades, el 50 por ciento del costo por el Estado por el paciente y la propia institución absolverá e 30 por ciento restante.” | **Sentencia de 28 de mayo de 1991 en Jovane (1993 : 571) |.**

De ello resulta que los médicos, cualquiera que sea la

circunstancia de su practica, tienen garantizada su retribución, lo cual le da un carácter naturalmente oneroso al contrato de servicios médicos.

Según esta norma, el Estado asume subsidiariamente la obligación del paciente, con el médico y la institución de sanidad privada respectiva.

c.2. Cumplimiento del Plan Terapéutico

El paciente además de pagar honorarios asume en su propio interés el deber de seguir las instrucciones y tratamientos en general que le recomienda el galeno.

Es sumamente importante para un buen resultado que el paciente cumpla con sus obligaciones derivada de su deber de cooperación para el desarrollo de la labor del facultativo.

En cuanto a esta obligación se ha sostenido que deriva del deber de cooperación del paciente puede considerarse ésta como parte del contenido obligacional del contrato en la generalidad de las cosas, puesto que en muchos supuestos el éxito del tratamiento médico no será posible sin la cooperación efectiva del paciente **[Fernández (op cit : 221)**.

Sin esta necesaria cooperación se frustra de común la misión curativa del plan terapéutico. Puede acontecer que en muchos casos la inobservancia de las órdenes médicas, cause el agravamiento de la dolencia del paciente o en general cause determinantes daños en el mismo.

El médico debe indicar con toda claridad el plan terapéutico, el cual deberá consignarse por escrito, indicando los medicamentos y las dosis correspondientes, de tal suerte que el paciente pueda entender el mismo.

Esto es importante pues el médico puede resultar excluido de toda responsabilidad civil, si el daño es producto de la desatención de sus indicaciones, así de cierto modo se produciría culpa del acreedor en la causación del daño.

El paciente debe en razón de esta obligación concurrir a las citas que indique el médico, para poder evaluar y dar seguimiento al tratamiento el cual como queda dicho, puede sufrir modificaciones conforme a los resultados específicos que produce en el paciente.

El paciente que no concurre a las citas luego del diagnóstico del mal o dolencia y el correspondiente tratamiento, excluye la responsabilidad del médico por cuanto le impidió toda posibilidad de avalúo y confirmación de la bondad del tratamiento recomendado.

7. La Culpa como Presupuesto de la Responsabilidad Civil del Médico.

La cuestión de la responsabilidad civil del médico por daños a los pacientes no ha sido, ni es una cuestión pacífica, existen concepciones que niegan la responsabilidad en supuestos de mala praxis médica, limitando la responsabilidad de los galenos, a casos de dolo penal.

Así **CARDONA HERNANDEZ**, hace una síntesis de las principales argumentaciones en boga de los sostenedores de la tesis de la no responsabilidad civil de los médicos.

Nos dice que para éstos la profesión del médico no puede implicar responsabilidad en su ejercicio porque a pesar de los innumerables progresos adquiridos, ella no constituye ni responde a nada que pueda llamarse ciencia y menos ciencia exacta.

La prueba de ello, dicen, la encuentran en que la medicina no se basa en fundamentos científicos correspondientes a las enfermedades en general o grupos; sino que ella se refiere sólo al

tratamiento médico en presencia de casos concretos, ante enfermos y no frente a las enfermedades [Cardona (ob cit : 287)].

Lo cierto es que las concepciones que se inclinan por la no responsabilidad del médico, frente a su paciente son opiniones de médicos y gremios médicos, que no han tenido mayores ecos en la sociedad, que ha optado por lo contrario, exigir responsabilidad civil, ante cualquier daño, incluso los causados por los profesionales, entre éstos los médicos.

Mas aún, hoy se vive en la época de la fiebre de la responsabilidad civil médica; basta con pasar revista a las colecciones jurisprudenciales y verificar la gran cantidad de juicios por mal - practice que se atienden actualmente, para darse cuenta de tal hecho.

El término mal - practice, viene de los Estados Unidos y con él se hace alusión a una serie de situaciones en las que el médico es acusado de no atender convenientemente al paciente [Vasquez (ob cit ; 39)].

No cabe duda, que el médico al igual que todo profesional,

debe ser responsable por los daños que cause, interviniendo culpa, en su actividad.

La culpa médica, corresponde a un presupuesto de la responsabilidad médica, la cual sin diferir de la culpa en general, resulta una subespecie de la culpa profesional.

La culpa profesional será fuente de responsabilidad si se han contravenido reglas propias de la actividad, o sea si hubo falta de idoneidad, imprudencia, negligencia o impericia, los que determinarán la existencia de la culpa.

Hemos dicho que el médico y el paciente se relacionan mediante el contrato de asistencia médica, que genera con relación al deudor médico, una obligación de actividad, por lo que su responsabilidad vendrá determinada por el empleo sincero y total de la actividad curativa específica.

Se ha pasado revista de los principales deberes del médico en razón del contrato, estos deberes son en esencia el contenido de la prestación debida por el galeno.

Así, en cuanto el médico omite alguno de estos deberes y en razón de dicha omisión se produjere un daño en el paciente, se verá comprometida la responsabilidad civil del médico.

Lo que quiere decir que las normas ético y morales a que hemos hecho referencia y que están recogidas en el Código de Ética de la Asociación Médica de la República de Panamá, se entiende incorporadas al contrato de asistencia médica, ya que éstas gobiernan el ejercicio profesional de la medicina.

Esto pues como se sabe, la responsabilidad civil dimanada del ejercicio de una actividad profesional tiene origen en el quebrantamiento de las reglas propias de la ciencia o arte del que se trata.

Siendo así, y considerando que el citado código de ética, se sintetizan las principales reglas que según los médicos, especialistas en el arte de curar, deben gobernar y gobiernan la actividad médica, la responsabilidad no puede surgir sino del quebrantamiento de dichas reglas.

Por ello el médico deberá emplear toda la diligencia necesaria para no omitir el cumplimiento de dichas reglas de lo contrario

incurrirá en responsabilidad directa en caso de daños al paciente.

Al efecto, el artículo 989 del código civil señala que por culpa en el cumplimiento de las obligaciones debe entenderse la falta u omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a la circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.

Con buen atino ha dicho **REZZONICO**, los deberes de la personas no son siempre idénticos y a veces, exigen una diligencia especial en su cumplimiento por lo que, en tal caso, la culpa que se cometa será más grave y la responsabilidad mayor que si se trata de una atención normal, y si en el cumplimiento de un deber está comprometido el orden público, la culpa será más grave que si lo está el interés privado [**Rezzónico en Yungano (ob cit ; 150)**].

De este modo, se ha sostenido que cuando está en juego la vida del hombre, el descuido o la negligencia más leve adquiere una dimensión especial que les confiere una singular gravedad **[IBIDEM]**.

Se ha dicho que conforme a la naturaleza del contrato de asistencia médica, el deudor se obliga a emplear todas las destrezas que la ciencia en el tiempo y lugar ponen a su disposición para el efecto de cumplir con el resultado que a pesar de no ser el contenido de la obligación debe ser el sendero al que dirige su actividad el deudor.

Así habrá que definir, si la culpa médica como factor de atribución es distinta de la culpa del deudor en general.

Según el criterio la imperante en nuestro código (artículo 989), la falta de diligencia del deudor, se determina en abstracto, conforme a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas del lugar y del tiempo. Por ello habrá en cada caso concreto de precisar, el contenido de la prestación en abstracto, así como las circunstancias de la persona, ubicando en ella a un médico de conocimiento medio dentro de una etapa específica de avance de la medicina de las posibilidades atinentes al lugar en que se produce la ejecución del acto médico.

De ello resultará la diligencia media exigible a cualquier médico en general, establecido ello, debe confrontarse la conducta reprochada con la descrita en el párrafo anterior. Si de dicha confrontación resulta que el médico incumplió, entonces tal incumplimiento es relevante para el efecto de determinar la culpa médica. De otro modo, o sea si el médico medio, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar hubiere actuado en forma similar, produciéndose el mismo resultado no habrá lugar a atribuirle culpa al médico concreto.

De ello debemos concluir que no existe una culpa médica distinta a la culpa en general, solo que ella viene determinada específicamente por la naturaleza de la prestación debida y las circunstancias de su cumplimiento.

La culpa médica no obstante, no es fácil de determinar puesto que, comúnmente la víctima es desconocedora de las reglas relativas a la práctica médica, por cuanto la actividad se desarrolla en un medio científico alejado del conocimiento de los usuarios del sistema de salud.

Por lo general, el paciente desconoce los términos técnicos, las prácticas o estudios de las que ha sido objeto, la finalidad de la mismas, muchas veces hasta desconoce su diagnóstico y sumado a esto la masificación de los servicios médicos, los aparatos sofisticados, en otras circunstancias, hacen que, entre el médico y el paciente se de una relación, de un experto frente a un profano [Vázquez (ob cit ; 104)].

Ante esta situación y dado el carácter de obligación de medios, que como hemos dicho, caracteriza la prestación de la asistencia médica, resulta que corresponde a la víctima, demostrar la culpa en la ejecución del contrato, lo cual es sumamente difícil, sino imposible en ciertos casos.

Una mal entendida solidaridad entre colegas médicos impide que los demás realicen pericias, que comprometan a otros, y siendo el Juez profano en medicina, debe ante la ausencia de evidencias liberar al médico acusado, de mala praxis .

Ante esta situación, se ha producido una tendencia

jurisprudencial, de admitir una presunción de culpa contra el médico, en algunos supuestos, invirtiendo la carga de la prueba, en razón de principios de equidad, ante la evidente desproporción entre la partes en los procesos de responsabilidad médica.

Conforme a este novedoso criterio, establecido lo que es normal, frente a determinada situación, si el demandante víctima, formula su pretensión en base, a la ocurrencia de un hecho distinto, se presume que tal hecho, se debió a culpa del médico, quien deberá probar que tal hecho no le es imputable.

Así la jurisprudencia Italiana, admitió este principio en sentencia de casación de 21 de diciembre de 1978.

Según esta sentencia, cuando se trata de operaciones de fácil ejecución, en que lo normal es que a la intervención médica siga la curación del paciente, la prueba dada por éste del tipo de operación, de su fácil ejecución y del daño consiguiente, permite al juez presumir la culpa del médico, correspondiendo en este caso, al profesional la prueba de su diligencia [**Vásquez (ob cit 110)**].

Dentro de la doctrina francesa **JORDANO FRAGA** ha comentado, el juez estima (presume) la existencia de la culpa - negligencia, cuando por las circunstancias, en que el daño se ha producido, este no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica. Y ello, sin analizar la conducta del facultativo, sin que la culpa resulte directa (ciertamente) de las pruebas aportadas [**Jordano Fraga (1985 : 79)]**.

En España dice **YZQUIERDO TOLSADA**, que el tribunal Supremo Español ha declarado que la culpa puede quedar demostrada prima facie, cuando el daño no se podría explicar de otro modo según la experiencia común [**Yzquierdo Tolsada (1989 ; 313)]**.

Somos del criterio que ante los hechos narrados no cabe la menor duda que es viable y equitativo en estos casos, invertir la carga de la prueba, imponiendo al médico, quien por su situación especial, tiene facilidad para ello, el deber de procurar y producir la prueba liberatoria, presumiendo su culpa juris tantum.

8. Casos Específicos de Culpa Médica

Los supuestos de culpa médica, pueden sintetizarse según su origen en alguna de las formas siguientes; impericia, imprudencia, negligencia e inobservancia de reglamentos y deberes.

a. La Impericia Médica

Pericia es habilidad, destreza, impericia será falta de destreza o habilidad en un arte, profesión o ciencia, en la práctica médica impericia es la falta de habilidad, destreza o capacidad , profesional para realizar una operación, tratamiento o actividad profesional médica, determinante en la obtención de un resultado, dañoso previsto o previsible.

El médico al igual que todo profesional tiene además de las específicas obligaciones adquiridas con su particular cliente, deberes especiales que atañen a las colectividad y que gravitan sobre él, como consecuencia de su posición como profesional, el abogado debe estar actualizado en materia jurídica, el médico en el arte de curar.

Es un presupuesto de hecho que toma el cliente como verdadero y real, la idoneidad profesional del médico, su capacidad específica para satisfacer el contenido de la prestación, habida cuenta de que los médicos son expertos en el arte de curar.

Incorre en responsabilidad el profesional que por impericia determinante, produce un mal en su cliente. El médico no escapa a esta situación.

En efecto, el médico que por falta de capacidad incurre en error al llevar a cabo su práctica, es responsable del daño que dicha conducta genera, pues ello supone la omisión del deber de poseer los conocimientos técnicos necesarios para el cabal ejercicio de la actividad, disponiendo correctamente y en su oportunidad de las diversas situaciones que acontezcan durante la asistencia que hace al paciente.

La impericia médica puede presentarse de diversas formas, antes, durante, y aún después de la asistencia, así;

a.1) Impericia en Terapéutica Peligrosa

Como queda expresado, el médico debe abstenerse de atender a un enfermo sin tener los conocimientos necesarios, hacerlo de por sí, es contrario al código de ética del médico. Pero esto es, aún más relevante, si la terapéutica que requiere el paciente sugiere una destreza especial y el médico lo sabe y aún sabiéndolo realiza el tratamiento e intervención riesgosa, causando con ello un daño en el paciente.

El hecho de asumir el tratamiento riesgoso que supone la pericia extrema, genera en el médico que lo ejecuta el deber de emplear esta destreza especial que se presupone posee al asumir compromiso, por ello si se frustrase la cirugía o terapéutica específica por impericia, considerado como la falta de aquella habilidad y destreza del experto, deberá el médico infractor responder por impericia.

El médico que asume la terapéutica peligrosa, garantiza tener

la destreza y suficiente preparación profesional, para que el medio empleado no resulte más dañino que el mal que se procura curar.

a.2.) Impericia en Cirugías

La intervención quirúrgica de una persona presupone la valoración por parte del médico de una serie de cuestiones previas, el riesgo operatorio y sus posibilidades de éxitos, el diagnóstico y su justificación, la técnica utilizada y el equipo con que se cuenta, las condiciones preexistentes en el paciente como coagulación de sangre, nivel de hemoglobina etc., los cuidados post - operatorio, entre otros.

La omisión de la debida constatación de todos y cada uno de esos elementos, puede ser causante de responsabilidad en caso de daño en el paciente.

Así el médico que opera a un paciente que tiene problemas de coagulación sanguínea sin percatarse de ello y por consiguiente sin tomar las medidas del caso, causandosele la muerte por

hemorragia, incurrirá en responsabilidad civil.

Esta clase impericia es común en la aplicación de anestésicos, que en dosis inadecuadas o dirigidas contra músculos sensitivos del paciente, pueden generar daños físicos o cerebrales irreparables, situación que compromete al médico que ordena la anestesia.

a.3) Impericia Error

Es el supuesto del médico que comete errores por falta de conocimiento en cualquier nivel del ejercicio de la actividad, que por ello compromete su responsabilidad.

. El error puede tratarse de un diagnóstico equivocado, es el caso del médico que confunde una enfermedad con otra y en razón del mal diagnóstico aplica tratamientos que llevan a agravar o dañar al paciente

En la práctica los errores de diagnóstico además de impericia, importan negligencia, pues el médico sin hacer los determinantes exámenes y pruebas que la prudencia ordena, concluye

diagnosticando mal y a la ligera. Puede no obstante, darse error en el diagnóstico producto de la incapacidad del médico que teniendo todos los exámenes y antecedentes del archivo clínico se equivoca por desconocimiento.

A pesar del criterio acogido por la Corte Suprema de Justicia en el caso de **VIDAL CORDOBA SANCHEZ**, contra **CLAUDIO MORENO**, que exoneró al galeno por cuanto en criterio de dicha corporación, el error de diagnóstico y medicación del demandado, solo abona el camino, para que junto con otros factores se produjere el resultado dañosa, pérdida de la vista, somos de opinión que el error en el diagnóstico y consecuente medicación seguida por el paciente, por instrucciones del médico demandado, era suficiente fundamento para producir una condena, ya que la mala praxis médica fue la causante directa de la ocurrencia del hecho.

A dicha conclusión hubiere llegado la Honorable Corte de Justicia, si se hubiere aplicado la regla impuesta por el artículo 989 del Código Civil sobre la culpa contractual, la cual ignoro, aplicando

la contenida en el artículo 1644 del Código Civil, que se refiere a responsabilidad extracontractual.

El error puede también darse en el tratamiento, a pesar de haberse identificado correctamente la dolencia del paciente, se recetan medicamentos contraindicados o que no guarden la debida relación con el diagnóstico en este supuesto puede también haber impericia.

b. Por Imprudencia Medica

La responsabilidad del médico en ocasiones puede verse comprometida no por impericia, entendida en la forma en que acabamos de expresar, sino por imprudencia, descuido. La persona es capaz profesionalmente, pero descuida los deberes propios de su investidura y en razón de ese descuido se produce un resultado dañoso, entonces la falta, no es de pericia, sino de prudencia.

La imprudencia se manifiesta como la omisión de los cuidados que debe tenerse con el paciente, habida cuenta de que la salud y la vida de la personas son expuestas a daños en razón de la asistencia médica.

Es muy constante, que en intervenciones quirúrgicas se dejen por descuido, dentro del paciente pinzas, gasas y otros elementos extraños, esta es una forma de imprudencia.

En la actualidad la humanidad enfrenta la incurable enfermedad del SIDA, (VIH) el cual se transmite entre otras formas por transfusión sanguínea, la imprudencia médica puede consistir, en no realizar los exámenes sobre la presencia del virus del SIDA en el donante infectando por ello al paciente. No cabe duda que en este supuesto también se estaría ante un caso de imprudencia.

Es igualmente imprudente, el médico que por descuido no se percata de que los instrumentos, no han sido adecuadamente esterilizados y que por ello infecta al paciente, que muere de tetanos .

En la practica pueden darse casos de imprudencia y negligencia coetaneamente y derivados del mismo hecho.

Lo cierto es que la imprudencia es una cara de la misma moneda de la négligencia. Así es imprudente, someter a un paciente alérgico a la penicilina a medicamentos que contengan dicha sustancia, y además negligente, no haber realizado los exámenes previos para determinar los posibles efectos de dicha sustancia en el paciente.

c. Negligencia Médica

La imprudencia no obstante supone hacer algo sin tomar debidas precauciones, en tanto la negligencia, puede consistir en una omisión, el olvido de hacer la prueba de reacción ante la penicilina.

En el caso de la demanda interpuesta por **JOSE TERAN, GLORIA C. de TERAN y MELISSA TERAN PINO** contra la doctora **BRITANIA RODANICHE**, el Juzgado Primero de Circuito Civil de Panamá se baso en la negligencia de la demandada al no realizar como obstreta las diligencias necesarias, para grantizar condiciones minimas de viabilidad y evitar con ello que la niña **MELISSA TERAN PINO** recibiera daños en el período de parto por falta de oxígeno, el texto de fallo en lo pertinente es del tenor siguiente.

“Las pruebas dentro del expediente acreditan que los obstretas responsables no realizaron las diligencias requeridas para que la niña MELISSA TERAN PINO recibiera durante el periodo de parto, la concentración de oxígeno requerida, y que esa falta u omisión constituye la negligencia que los hace responsables.”

La responsabilidad médica puede verse comprometida en caso de alergias, producidas por ciertos medicamentos. En razón, de ello el médico debe constatar si el paciente es alérgico o no a los medicamentos que contienen sustancias que comunmente generan alergias peligrosas, la omisión en hacer las averiguaciones o las pruebas correspondientes constituyen un acto de negligencia.

Otro supuesto de negligencia puede darse si el médico omite su deber de anotar en la historia clínica del paciente datos importantes, pues llegado el momento, dichos datos pueden ser determinantes en el desenlace de una crisis de salud del paciente. Si vinculada a tal omisión la salud actual o futura del paciente se viere comprometida, no cabe duda el médico omiso será responsable por negligente.

Finalmente, es negligente el médico que abandona a su paciente antes de que el mismo este en condiciones estables, sin ser sustituido por otro galeno, es el caso de un recién operado que esta en recuperación y es descuidado por el médico, antes de la

restitución de sus signos vitales en este caso también, habrá negligencia del médico.

d. Inobservancia de Reglamentos y Deberes

Al enumerar los deberes del médico, hicimos alusión de algunos que no se refieren específicamente al acto médico propiamente tal, sino a otros deberes como, el deber de guardar reserva sobre los hechos, y padecimientos del paciente por cuanto su divulgación, fuera de los supuestos admitidos por la ley, constituye la violación al secreto profesional puede de ello emanar, daño al paciente en su vida pública o privada, lo cual le concede acción resarcitoria contra el médico que divulgue o de ocasión a que la información dañosa se divulgue.

Pueden también darse otros casos, como no informar al paciente debiendo hacerlo; realizar intervenciones y tratamientos que requieran autorización del paciente o su representante sin contar con ella y otros supuestos de naturaleza análoga.

CAPITULO III

SUPUESTOS ESPECIFICOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS MEDICOS PRIVADOS

1. Responsabilidad de las Personas Juridicas

Como quiera que la gran mayoría y los mas importantes Centros Médicos de la República de Panamá, estan organizadas ya como sociedades mercantiles, conforme a la ley 32 de 1927, sobre sociedades anónimas, ya como sociedades civiles confome al contrato de sociedad, consideramos prudente un breve examen de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia civil antes de dedicarnos de lleno al tema central de este capítulo, cuál es la responsabilidad de estos entes.

Comenzamos por advertir, que la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas debe apreciarse desde el ámbito contractual y desde el ámbito extracontractual, dada la doble regulación que de ambos sistemas, persiste aún en vigencia en el Código Civil.

a. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en la Esfera Contractual

El Código Civil define en el artículo 38, personas jurídicas como, las entidades morales o personas ficticias, de carácter político, religioso, industrial o comercial, representada por persona o personas naturales, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones. Además, el artículo 64 del Código Civil señala, entre las personas jurídicas que la ley concede personalidad propia independiente de cada uno de sus asociados, a las sociedades civiles y mercantiles, las que se regiran por las disposiciones del Código Civil, relativas al contrato de sociedad y por las del Código de Comercio.

De otra parte, las persona jurídicas pueden adquirir o poseer bienes de todas las clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su Constitución artículo 71 Código Civil.

De las normas transcritas se infiere que las sociedades civiles

y comerciales, son aptas para ejercer derechos y contraer obligaciones, por ello pueden ser sujetos tanto pasivos como activos en la esfera contractual.

b. Responsabilidad de las personas jurídicas en la esfera extracontractual

Por lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, el artículo 1645 del Código de Civil dispone, que la obligación que impone el artículo 1644 de la misma excerta legal, es exigible no solo por los actos u omisiones propios, sino por los que de aquellas personas de quienes se debe responder agrega la norma, así lo serán, los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones.

De ello resulta, que siendo las personas jurídicas de derechos privado capaces de ser propietarios de empresas y establecimientos, se admite igualmente, que puedan imputarsele la responsabilidad de que trata el artículo 1644 del Código Civil.

En materia de responsabilidad civil emanada del delito, la situación no es significativamente distinta, ya que conforme al artículo 125 del Código Penal, son solidariamente responsables del pago de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, además de los autores complices.

1. Las personas naturales o jurídicas dueñas de empresas de transporte terrestre, marítimo, o aéreo de personas o de cosas por hechos cometidos por sus trabajadores de transporte, con ocasión del desempeño de sus funciones.
2. Las personas jurídicas cuyos gerentes, administradores o representantes legales resulten responsables de hechos punibles que impliquen violación de las atribuciones inherentes al cargo que desempeñan.
3. Las personas naturales o jurídicas dueñas de establecimientos de cualquier naturaleza, en que se cometiera un hecho punible por trabajadores a su servicio y con motivo del desempeño de sus cargos.

De lo establecido en la norma del Código Penal citada,

podremos concluir que, existe responsabilidad civil de las personas jurídicas en los siguientes supuestos.

1) Por actos del órgano en los límites formales de su función.

Cuando el órgano actúa dentro de los límites funcionales de sus estatutos y de ley, la persona jurídica responde por los actos lícitos obrados por aquel.

En el supuesto, de la Junta Directiva de un club que dicta una resolución formalmente válida, pero injusta y nociva.

2) Por Actos de los órganos exorbitando la esfera de sus funciones. En tal situación los órganos no actúan como tales, si por ejemplo, el director de una sociedad anónima realiza una gira de negocios en cuyo transcurso atropella a un peatón, no puede decirse que haya actuado como órgano de la persona jurídica, expresando la voluntad del ente; en realidad ha actuado con voluntad propia sin embargo, compromete al ente por la noción de dependencia ocasional [Alterini et al (ob cit 751)].

- 3) Actos en ejercicio o con ocasión de las funciones, la cual estaría gobernada íntegramente por las disposiciones relativas a los dependientes.

En razón de estos comentarios previos concluimos que los Centros Médicos Privados, constituidos como entes jurídicos de derecho privado, cualquiera sea su modalidad orgánica, pueden ser susceptibles de responsabilidad civil por daños, tanto en la esfera contractual, como en la extracontractual, en éste último caso, que los hechos constituyan delitos castigados por la ley penal, o infracciones culpables, que tiene la categoría de delito civil.

2. El Contrato de Servicios Hospitalarios

Los Centros Médicos Privados además de la actividad médica, propiamente tal, asumen otros servicios complementarios por ello entre el paciente y el Centro, suele celebrarse un contrato de hospitalización, que se asemeja a un contrato de hospedaje o de hotelería, pero que en razón de sus particulares circunstancias, difiere

del mismo sustancialmente.

La clínica o centro se obliga por este contrato, a prestar servicios de hospedaje, que son los relativos a la alimentación, transporte interno, alojamiento temporal, y otros, los que se regulan por el derecho común, como un contrato de hotelería.

Además se obliga a prestar servicios paramedicales, que son aquellas que se relacionan con el arte de curar, y que corren a cargo, del personal auxiliar, (enfermeras, laboratoristas, higienistas) y que consisten, en provisión de instrumentos, servicios de enfermería, medicamentos y otras prestaciones de naturaleza analoga.

A diferencia de la obligación que adquiere el médico y la clínica, con relación al acto médico, las obligaciones que surgen del contrato de hospitalización son de resultado, en lo que respecta a lo hospitalario, de allí que la responsabilidad de los dependientes debe establecerse conforme a las normas relativas a los contratos de resultado.

En tanto lo relativo a los actos médicos, y afines se rige por las normas específicas de las obligaciones de medio o de mera

actividad.

Por ello hemos dicho, que la responsabilidad derivada de la faceta hospitalaria, se rige por las normas del contrato de hospedaje , en tanto lo relativo a los servicios paramedicales, le será aplicado por extensión, las normas relativas a la actividad médica.

Así, **BUSTAMANTE ALSINA** ha sostenido que los primeros consistiran en alojamiento, alimentación transporte en el interior de la clínica, que se regirán por el contrato de hospedaje u hotelería, o bien por un contrato innominado de prestación de cuidados de enfermería, provisión de medicamentos e instrumental médico. Ellos no suscitan problemas de responsabilidad médica. En cambio no sucede lo mismo en los actos medicales propiamente dicho. En este caso el contrato que existe entre el profesional que integra el equipo médico de la clínica y esta última constituye una estipulación a favor de terceros, o sea del paciente que requiere asistencia y/o internación en el establecimiento sanatorial **[Bustamante Alsina (ob cit 317)].**

Y es que fundamentalmente en los hospitales y clínicas privadas, se suministra al paciente dos tipos de prestaciones; asistencial facultativa o servicios médicos y prestaciones hoteleras o extramédicas, por lo que pueden en principio, extraerse la conclusión de que el contrato de servicios médicos desaparece para confundirse de un contrato de servicios hospitalarios, por el cual el hospital se obliga al suministro de ambos tipos de prestaciones [**Fernandez (ob cit; 229)]**.

a) Naturaleza Jurídica

El contrato de hospitalización, suscita el mismo debate que el contrato de asistencia médica, con el ingrediente adicional, que resulta de la incorporación de la cuestión de la estadía del paciente en el centro.

Al respecto de lo primero reiteramos los criterios vertidos en torno a la naturaleza del contrato de asistencia médica, que en nuestra opinión, son válidas en lo que a la faceta médica corresponde, al contrato de hospitalización.

En cuanto a lo segundo, la estadía del paciente en el centro, en

principio debemos aceptar que se trata de un contrato, que incluso puede tener carácter comercial o mercantil, que se reduce a la actividad de hotelería.

El problema cobra algún nivel de dificultad, cuando los elementos de uno y otro se entrelazan de tal forma que generan algún nivel de confusión, pero a ello debemos acotar lo siguiente.

En primer lugar, los actos médicos son actos civiles, y las prestaciones hoteleras pueden corresponder al ejercicio de una profesión comercial, pues el contrato de servicios hospitalarios, que comprende obligaciones extramédicas o paramédicas además de hoteleras, puede ser un contrato mercantil [**Fernandez (ob cit ; 229)].**

En segundo lugar, la naturaleza de las propias relaciones triangulares entre el médico el paciente y el hospital, dependen de la situación del médico en la institución sanitaria, pues bien puede ser el propietario de la clínica u hospital o un trabajador al servicio de un empresario no médico, lo que hará variar la responsabilidad en cada caso particular [**IBIDEM].**

b) Características

En razón de este contrato, el paciente asume la obligación de pagar por su estadía y por los servicios médicos recibidos la suma o precio previamente acordada, que usualmente es una tarifa que la clínica liquida terminado el tratamiento.

Este contrato como queda dicho, es innominado, por no estar regulado por la ley. Además es atípico por la misma circunstancia.

Es consensual, ya que no requiere para su perfeccionamiento de formas especiales, aunque dada la naturaleza de los servicios médicos, es conveniente que conste por escrito como formalidad ad - probatione, este hecho no hace que varíe su naturaleza consensual.

Además es bilateral y oneroso ambas partes paciente y clínica, obtienen cargas y beneficios. Por una parte el paciente se obliga a pagar los honorarios médicos, precio de arriendo de su habitación y el de venta de objetos médicos y medicina consumidos. Por la otra la clínica a cambio se obliga a la prestación de servicios de medicina, asistencia médica y hotelería a favor del paciente.

Desde el punto de vista del negocio jurídico, el contrato de

hospitalización no reviste mayor novedad, sus requisitos son los comunes a todo acto jurídico, consentimiento, objeto y causa o que no justifica distraer el objeto de este estudio a tales cuestiones. Por ello nos contentaremos con lo hasta aquí expuestos al efecto.

3. Supuestos de Responsabilidad por Actos Médicos.

Luego de establecidos los supuestos de responsabilidad civil del médico, corresponde deslindar si esta responsabilidad, que es directa y personal en lo que al médico se refiere, por tratarse de sus propios hechos, es exigible a los centros médicos privados, escenario en el que se produce la situación dañosa, tomando en cuenta la infinidad de situaciones que pueden combinarse en el contrato de hospitalización, al cual nos hemos brevemente referido.

Para ello, es necesario delimitar algunas situaciones que de común pueden darse al respecto.

Una hipótesis, que se refiere al médico que interviene en la actividad, como parte de su quehacer cotidiano, o sea el médico que hemos denominado de planta, que además tiene una relación de

dependencia con el centro, ya como asalariado o como miembro de un equipo médico, dueño del establecimiento o centro. Otra hipótesis que se refiere al médico que ejerce su actividad de manera independiente y que por consiguiente nos es miembro habitual del equipo médico del centro. Este es aquel que utiliza las facilidades del centro esporádicamente e incluso, utiliza varias clínicas alternativamente, a elección del paciente. Esta distinción reviste importancia práctica, ya que una u otra situación acarrea consecuencias jurídicas diversas.

El médico de planta, dependiente o miembro del equipo médico, interviene en el acto asistencial en razón del hecho de la clínica, lo cual genera una obligación de seguridad o garantía, de la clínica a favor del paciente, quienes son las partes en el contrato de hospitalización.

En cambio, si el médico no tuviere relación con la clínica u hospital su intervención sería por un hecho del paciente, por lo que en principio no habría lugar a responsabilidad directa de la clínica

ante el acto médico defectuoso.

Esto es así, ya que si entendemos por responsabilidad directa, aquella que se atribuye al sujeto de derecho como consecuencia de su propio hecho, no podría reprochársele nada a la clínica, que no ha realizado acto alguno relativo a la selección del galeno responsable.

Ahora bien, hemos concluido señalando que la relación médico - paciente, gravita en el área contractual, predominantemente y solo de manera excepcional en el área extracontractual.

De ello resulta, que para precisar la naturaleza y fundamento de la responsabilidad de las Clínicas Privadas, debemos adentrarnos al estudio de los factores de atribución, aplicables al área de los contratos, por ser el marco en el cual se produce la relación dañosa.

a) Actos Médicos del Personal de Planta o Dependiente

En la práctica cotidiana quien padece de una dolencia y acude a un centro médico privado, tiene en mira, obtener la asistencia de un médico, sin interesarse pues de pronto en tal o cual médico en especial.

Las clínicas suelen tener grandes avisos en su sedes, en los que

dan a conocer, los nombres de los médicos que integran su equipo, con la indicación de las especialidades que cada uno atiende.

El paciente al entrar en relación con la clínica en este supuesto, contrata con la clínica, que a su vez incorpora en la ejecución de la prestación que asume, al médico que presta sus servicios en dicha entidad. Esta a su vez tiene una relación previa con el médico en la que el hipotético paciente es un tercero beneficiario potencial de la asistencia médica, bajo la modalidad de una estipulación a favor de terceros.

No obstante, con relación al paciente el médico tiene una obligación directa pues de ocurrir algún mal, este tendría que responder por su propio acto, pero también la tiene el centro médico, por haberlo incorporado a la relación obligacional.

Es una postura visiblemente mayoritaria, que los centros privados de salud tienen sobre sí, una responsabilidad reflejada generada en una obligación de garantía, basándose dicha

construcción, en la figura de la estipulación a favor de un tercero que contiene el artículo 1108 del Código Civil.

La Corte Suprema de Buenos Aires profirió en diciembre de 1987, un pronunciamiento en que recoge nítidamente este criterio.

Tal corporación de la justicia argentina, por aplicación del artículo 504 del Código de Velez, que corresponde al 1108 del Código nuestro señaló que, como el establecimiento asistencial se vale de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrá de responder por la culpa en que incurran sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor o por un tercero del cual éste se valga para sus fines, y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos o asociados, que determinan que el hecho de cualquiera de ellos se considere como si proviniese del propio deudor [Zuccherino (ob cit ; 51)].

Esto es así, pues la clínica al anunciar en sus instalaciones a su personal, expresamente otorga a quienes a ella acuden la garantía de que dicho personal médico es idóneo, calificado y eficiente, lo que asegura mediante el compromiso de su propia responsabilidad.

Igual criterio acepta **BUSTAMANTE ALSINA**, quien citando Jurisprudencias de los tribunales franceses, ha sostenido al efecto, la existencia de una obligación de seguridad como incluida tácitamente con carácter de general y accesoria en ciertos contratos para preservar a las personas o a las cosas de los contratantes, contra daños, que puedan originarse en la ejecución del contrato **[Bustamante Alsina (ob cit ; 383)]**.

En ese mismo sentido, sostenemos que este deber de garantía, no tiene nada que ver con la culpa, ya que el criterio de culpa in eligendo o culpa in vigilando, no tiene cabida en la relación entre la clínica, el médico y el paciente.

Resulta desafortunada la sola idea de que la clínica vigile y supervise la relación de asistencia médica concreta, eso traería como

consecuencia que el paciente se sometiera a varios exámenes y observación de número plural de galenos, lo que de una parte encarecería los servicios médicos y de otra atrasaría las medidas rápidas e impostergables que requiera el paciente.

Además el médico debe ejercer su profesión dentro de los dictados de su ciencia y conciencia.

Igual reparo hay que formularle a la aplicación de la presunción de la culpa in eligiendo, como justificativa de esta responsabilidad, ya que la época del médico empirico fue hace mucho superada, el médico hoy día posee antecedentes académicos que presuponen su idoneidad para el ejercicio del arte de curar.

Por ello, no es correcto ni justo, reprochar a una clínica privada, la elección de determinado médico, en razón de mala elección. Es más permitir, que un médico titulado ejerza su profesión en su sede, o bajo su dependencia, no puede de ningún modo censurarse bajo la optica limitada de la culpa in eligiendo, por el carácter profesional de la actividad y si a ello agregamos que la idoneidad del médico viene garantizada por expreso reconocimiento

estatal debemos desechar por completo la culpa como fundamento de la obligación subsidiaria de la clínica por el acto médico.

El médico como profesional liberal, no puede estar sujeto a instrucciones en cuanto al ejercicio de su actividad, es mas la independencia científica y técnica es incompatible con la idea de subordinación o dependencia, en los términos del artículo 1645 de nuestro Código Civil, la cual de paso se refiere a responsabilidad civil extracontractual, que por ende no se aplica, al sector contratos, en que hemos convenido incluir la asistencia médica. Nos parece no muy clara la posición que al respecto abriga **MAUAD PONCE**, quien por un lado fundamenta la responsabilidad de la clinicas privadas, por los actos de los médicos en un deber de garantía o seguridad ajena a toda noción subjetiva y por otro en el hecho del dependiente en los términos señalados en el artículo 1645 del Código Civil que se refiere precisamente a responsabilidad extracontractual, en la versión de la culpa aquiliana.

Esta doble posición resulta del inadecuado deslinde del fundamento de la responsabilidad de la clinica por los hechos de los

médicos y a la imprecisión de los elementos que deben ponderarse al efecto.

Nada tiene que ver si el origen de la prestación que le brinda el médico al paciente, sea contractual o extracontractual, pues ello no afecta para nada, la responsabilidad de la clinica por el hecho médico.

La culpa médica dentro del marco del contrato o fuera de él, importa lo mismo, si ella produce daños al paciente genera la obligación de reparar, siendo sin discusión y pacíficamente admitido, directa y personal en cabeza del médico, de lo que se trata es de establecer el fundamento de esa misma responsabilidad en cabeza de la clinica, y para ello no tiene la menor relevancia establecer el origen de la relación médico - clinica - paciente.

Debemos concluir, señalando que la responsabilidad del centro descansa sobre un deber objetivo de garantía, pues quien asume en nombre propio el cumplimiento de una prestación que no puede ejecutar, sino con la intervención o ayuda de terceros, cubre con su propia responsabilidad la de aquellos que llamados por él, a

intervenir en la empresa, no se encuentran en relación directa con el acreedor. Este deber de reparar es objetivo y descansa en la noción de garantía.

El contrato que celebra el médico y la clínica, mediante el cual ésta incorpora al médico a su equipo, constituye una estipulación a favor de terceros, o sea los pacientes, que requieran asistencia y/o internación en la institución respectivamente, virtud de ello se produce la intervención del médico, que al ser culposas y causante de daño, genera responsabilidad, tanto del médico fundada en el factor subjetivo de la culpa, como en el centro, basado en el factor objetivo del deber de garantía o seguridad.

De esto resulta, que en respectivo proceso deberá probarse, como presupuesto de la presunción de responsabilidad contra la clínica privada, la culpa del médico, la que no se presume, salvo los casos, expresados, de inversión de la carga probatoria, recién admitidos en la jurisprudencia extranjera.

Por ello, el paciente, que celebra un contrato de asistencia y hospitalización con el centro, tiene a su favor acción directa contra el

médico por su acto propio y porque este ha contratado a su favor con el centro, en los términos del artículo 1108 del Código Civil una estipulación a favor de terceros y es titular también, de una acción directa contra el establecimiento pues con ella contrató.

Concluimos señalando, que cuando la entidad se obliga a la prestación del servicio médico por medio de su equipo profesional, asume la responsabilidad, no solamente de que el servicio se preste, sino también, de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño alguno, por deficiencia de la prestación prometida en caso contrario debe indemnizar los perjuicios producidos.

b. Supuesto del Equipo Médico Mixto

Puede ocurrir que en el tratamiento intervengan médicos que sean miembros del establecimiento asistencial, o incorporados a él, por un hecho de la clínica, en cuyo caso se aplican sin restricciones los criterios recién planteados.

Pero puede suceder que en el equipo médico intervengan galenos, especialistas básicamente, en razón de un hecho del paciente, quien lo contrata para que asuma determinada etapa de la

asistencia médica, ya con mando sobre el equipo médico, en razón de su especialidad, ya como un miembro mas del equipo integrado por otros especialistas. Queda la interrogante de la situación de la responsabilidad del centro ante un daño causado en el paciente.

La solución lógica, siguiendo la línea de pensamiento hasta aquí planteada, se afirma en la conclusión de que de terminado el autor directo del daño, esto es individualizado el causante, habrá de establecerse, si su participación en el evento, es consecuencia de un acto de la clínica o si por contrario es atribuible al propio paciente. En el primer supuesto, habría una responsabilidad directa a la clínica basada en el contrato, por aquello del factor garantía o seguridad. Del otro modo, si el médico culpable es de aquellos que intervienen en el grupo por hecho de paciente o de sus familiares, ésta no tendría responsabilidad de ninguna índole.

Más puede ocurrir que la identificación de la causa determinante del daño y de su autoría directa, no sea fácil de establecer, de allí que podría darse la responsabilidad colectiva en cuyo caso, la clínica vería comprometida su situación jurídica.

A propósito de la responsabilidad colectiva, que ahora nos ocupa **GONZALEZ MORAN**, a sostenido que debe admitirse la existencia del equipo médico y por ello la existencia de una responsabilidad colectiva autónoma e independiente de la de cada uno de sus miembros.

A afirmado el jurista español que , la doctrina y la jurisprudencia francesa habían admitido que los diversos responsables, como miembros del equipo, tienen frente a la víctima una responsabilidad in solidum [**Gonzalez Moran (1990 ; 142)]**.

Agrega además, que la atribución de una responsabilidad solidaria dentro del equipo médico es la solución más justa y la que más tiene en cuenta los intereses del enfermo perjudicado: los miembros del equipo, al agruparse, no se comprometen únicamente a aportar su competencia profesional determinada, pero de una forma aislada, descomprometida, diríamos, con el resto de sus compañeros, sino de una manera interrelacionada y en conexión unos con otros, no pudiendo gravar sobre el paciente las consecuencias de no poder determinar quien es el autor del daño que les afecta como

consecuencia del acto médico | **IBIDEM** |.

Con esta línea de pensamiento marcada por el citado autor como referencia , sostenemos que la solución a la interrogante que nos planteamos debe resolverse bajo un criterio similar y la razón es sencilla.

Veamos, independientemente de que el equipo médico interviniente esta formado por profesionales llamados a intervenir por la clínica y por el paciente, se da la situación siguiente, en la prestación de la asistencia, estos integran un verdadero equipo, en que uno y otro dependen de la actividad recíproca, para la obtención de la prestación prometida, asistencia médica prudente diligente y oportuna

Si sobreviniese un mal injustificado en el paciente, tendrían todos los miembros del equipo una responsabilidad solidaria para con este, ya que al intervenir en el asunto, los ubica en posición de haber sido el causante del daño, no siendo justo que gravite sobre la víctima, que dicho sea de paso, no es especialista en el arte de curar, la enorme carga de demostrar la culpa de tal o cual, miembro del

equipo.

Siendo así, la clínica, será solidariamente responsable, puesto que el deber de garantía o seguridad que de manera objetiva ofrece a sus pacientes por los actos de su personal médico, se proyecta al supuesto de la responsabilidad solidaria que corresponde al médico de su equipo en particular, que ha intervenido en el equipo médico.

4. Supuesto De No Responsabilidad De Los Centros Medicos Privados Por Actos Medicos

Nos referimos en este supuesto a médicos que ejercen su profesión en pequeñas clínicas, que una vez que el paciente requiere de una internación a tratamientos que solo pueden realizarse en centros médicos hospitalarios de cierta embergadura se trasladan a estos, a efecto de realizar la actividad requerida, como el supuesto de intervenciones quirúrgicas.

La relación entre el médico y la clínica en dicho caso es prácticamente inexistente; es el paciente por su cuenta, quien contrata con la clínica u hospital su internamiento y los demás servicios paramedicales colaterales como alimentación, servicio de

enfermería, laboratorios provisión de medicamentos y demás.

Estos servicios son ofrecidos por los hospitales de manera independiente y son cobrados al paciente según lo que consuma en su estadía en el respectivo centro.

La clínica en este supuesto es considerada un tercero, con relación al contrato de asistencia, que ni la daña ni la favorece, habida cuenta, que la voluntad de la clínica no ha sido tomada en cuenta por el paciente al momento de elegir el galeno que le presta la asistencia.

Es situación idéntica a la que opera, con relación a los equipos médicos en sentido amplio; se trata de un grupo de médicos especialistas todas en la misma rama, que se reúnen para establecer en común sus instalaciones y poder en ellas asistir y atender a sus clientes. En este caso no hay propiamente hablando un equipo médico, sino varios médicos con una unidad externa de aprovechamiento de una misma instalación, aparatos e instrumental.

Pero desde el punto de vista jurídico, no hay ejercicio colectivo de la medicina, sino ejercicio singular y personal, por que cada

facultativo atiende a sus propios enfermos y responde contractualmente ante ellos | **Mosset Iturraspe (1992 ; 108) |.**

Con relación al paciente, la clínica no es deudora de ninguna obligación de asistencia médica y como tal no compromete su responsabilidad por ser un tercero. Por eso mismo, no adquiere responsabilidad con relación al médico por los honorarios que cause el tratamiento con el cliente.

El centro médico privado no tiene que garantizar la actividad del médico en este supuesto ya que razones jurídicas conducen a dicha conclusión así podemos destacar las siguientes;

- a) Como queda dicho, el médico y el paciente forman un contrato al margen de la consideración del centro médico.
- b) La voluntad del Centro Médico no interviene en la formación del negocio jurídico in concreto, contrato de asistencia médica.
- c) El médico, no es parte del personal de planta o equipo médico del centro, lo que descarta un deber de garantía o seguridad.

d) La elección del centro si bien puede surgir del médico o del paciente, en ambos supuestos, la elección de dicho centro se da ante un hecho consumado, un contrato previo de asistencia médica.

e) No existe razonablemente en la ley o la doctrina un factor de atribución que pueda justificar que el centro, médico, tercero en la relación médico - paciente, en este supuesto garantice la conductas del médico.

f) Del mismo modo, si admitieramos en este supuesto responsabilidad de la clínica o centro de los hechos del médico, habría que admitirse igualmente un deber de garantía de la clínica a favor del médico, por lo que se refiere a sus honorarios profesionales lo cual es impensable.

De allí, que en conclusión debemos admitir que en el supuesto en estudio, las clínicas u hospitales no tienen responsabilidad civil frente a los daños que sufran los pacientes derivados de la mala praxis, médica atribuibles exclusivamente a la culpa médica.

Habría cabida no obstante, a responsabilidad civil de la

clínica, si en la causación del daño concurren hechos atribuibles a su personal o a sus cosas, pero en tales supuestos dicha responsabilidad no tendría su fundamento en el acto médico propiamente tal, sino en los hechos relativos a la ejecución del contrato de hospitalización.

5. Responsabilidad de los Centros Médicos por los Actos de sus Dependientes y Auxiliares

Al margen de la actividad médica, los centros de asistencia sanitaria asumen en razón del contrato de hospitalización ciertas funciones y obligaciones de los que puede surgir responsabilidad tanto civil como penal, en este segmento nos dedicaremos a estudiar los supuestos de responsabilidad civil, atinentes al centro, con exclusión de la cuestión médica, de la que ya nos hemos ocupado.

Por regla general podría aceptarse que fuera del caso en que la clínica asume, tanto el rol de deudor en el contrato de asistencia médica y en el de hospedaje u hotelería, el hospital no emprende la tarea de curar o intentar curar a través de la acción de otros, sino que meramente suministra a otros, recursos para curar o intentar curar a los pacientes bajo su responsabilidad. No obstante, que en este

supuesto la clínica no responda por el hecho del médico, podemos señalar que responde por los hechos negligentes de sus agentes, dependientes y auxiliares, por un sin numero de situaciones dañosas.

[Achaval (1992 ; 106)]

Así, puede ser responsable en los siguientes casos.

- a) Negativa de admisión sin justificar el impedimento.
- b) Perjuicios que se deriven de la alta prematura.
- c) Lesiones o daños que se produzca durante la internación debidos a vigilancia inadecuada.
- d) Falta de mantenimiento del equipo instrumental.
- e) Error en medicamentos por cambio de los indicados, en la vía o en la dosis.

En efecto, los hospitales asumen a propósito del contrato de hospitalización, los deberes de cuidado, vigilancia, control y provisión de los elementos necesarios para la debida atención del paciente, deberes que cumple con la intervención del personal auxiliar y de los dependientes.

Así, existen diversas actividades y funciones colaterales que

debe desarrollar el centro en complemento a la relación médico paciente, sin los cuales ésta no podría funcionar adecuadamente.

La actividad médica de hoy, requiere de personal auxiliar especializado como laboratoristas, enfermeras, anesthesiólogos, radiólogos entre otros, los que son denominados comunmente personal auxiliar, y que brindan sus servicios en los centros hospitalarios bajo regimen laboral corriente.

Además requiere de un sin número de componentes humanos que sin ser personal auxiliar, intervienen en la prestación de los servicios propios de estas instituciones, así mencionamos a los camilleros, choferes de ambulancia, cocineros, aseadores, secretarias y demás, los cuales se identifican bajo la noción genérica de dependientes.

Hemos sostenido que la responsabilidad médica encuadra dentro del ámbito contractual preferentemente y que solo excepcionalmente es considerada como extracontractual, esta conclusión es válida, también con relación a los centros privados en lo que respecta a la responsabilidad civil y demás componentes de la

ejecución de su actividad.

Ahora bien, corresponde examinar la relación clínica - paciente que se produce excluyendo de tal el supuesto de la actividad médica a la que nos hemos referido por separado por considerarla como fundamental y de primer orden, a fin de establecer las posibles responsabilidades que pueda pesar sobre los centros en razón de estos otros servicios, que no implican responsabilidad directa del personal médico.

a) Concepto de Dependiente y Auxiliares

Dependiente en primer lugar, será todo aquel que no siendo médico presta sus servicios en un centro médico privado, siendolo en especial todo aquel que conforme al derecho laboral depende económicamente del centro y/o está subordinado a sus decisiones.

El Código de Trabajo, señala que hay relación laboral desde que existe dependencia económica o subordinación jurídica, por ello dentro del concepto de dependiente, no cabe duda, debe incluirse a todo el que tenga relación laboral con el centro.

Además, lo serán aunque no sean personal laboral propiamente

tal, aquellas personas que prestan sus servicios a la clínica, mediante contratos de servicios profesionales, tales como anesthesiólogos, radiólogos, fisioterapia entre otras.

El núcleo del asunto del dependiente debe ventilarse estableciendo quien toma las directrices y las decisiones importantes en la relación, si corresponde a la clínica tomar las decisiones estaremos ante un dependiente o un personal auxiliar, lo mismo sucede cuando el médico es quien da las instrucciones al personal auxiliar, en este caso el médico es la expresión de la voluntad de la clínica, en la ejecución concreta de la prestación debida al paciente.

En efecto, sobre el tema del dependiente la jurisprudencia extranjera se ha esforzado en aclarar por una parte, que la relación de dependencia sobre la cual descansa la responsabilidad, puede darse en ausencia de toda posibilidad de elección, por parte del principal.

En tal sentido ha sido establecido que un empresario es responsable por los hechos ilícitos en que han incurrido algunos presos puestos a disposición para efectuar trabajos de obras públicas, no obstante que el empresario no había intervenido en absoluto en la

selección de los mismos [**Melich Orsini (1995 - T. I 459)]**.

Pero no sólo se responde de aquellas personas ligadas a uno por un contrato o relación de trabajo, sino igualmente se considera dependiente a todo aquel que actúa en interés de otro, como el mandatario, con relación al mandante.

Cuando se dice que se requiere la relación de dependencia para fundamentar esta responsabilidad, no se hace referencia a que necesariamente medie salario, pues la relación de dependencia al que se refiere este supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, puede existir en ausencia de todo salario y aún de toda dependencia económica. [**Mazeaud - Tunc (ob cit. T. I. 884)]**

De lo que hasta aquí hemos expuesto resulta que para los efectos de la responsabilidad civil, serán dependientes o auxiliares, todos aquellos que no siendo médico, intervienen en nombre o en razón de la clínica en la prestación de los servicios hospitalarios y paramedicales.

b) Hecho del Dependiente o Auxiliar

Para que se produzca responsabilidad civil en cabeza del

centro es proceso médico, que el dependiente esté frente a un acto que comprometa personalmente su responsabilidad, así se requiere que el hecho del dependiente sea ilícito, en sentido amplio, o sea contrario a derecho.

Este hecho del dependiente puede consistir tanto en una acción por comisión, como en una acción por omisión, o puede ser la combinación de ambos.

Será un acto de comisión cuando la infracción resulta de un acto positivo, aplicar el medicamento equivocado y será omitivo cuando la infracción resulta de una omisión ilícita, no asear, debiendo hacerlo, el equipo médico causante de una infección en el paciente y puede ser de comisión por omisión, es el supuesto de la enfermera que no proporciona al paciente el medicamento ordenado por el médico, con la intención de que el mismo fallezca. En éste último supuesto hay hechos negativos que en si mismos, no constituyen infracción, pero cuyo resultado es ilícito [Alternini (1995 ; 162)] .

En efecto, para poder accionar contra el principal es indispensable demostrar que el dependiente incurrió en culpa o dolo.

Algunas legislaciones como la chilena, preceptúan que el dolo del dependiente exonera de responsabilidad al principal y determina que la responsabilidad recaiga solo en el dependiente [**Melich Orsini (ob cit ; 476)]**.

CLARO SOLAR, al respecto ha manifestado, que desde que se trata de una cuestión de ejecución de la convención, la teoría de la responsabilidad del hecho de otro en materia contractual debe reposar sobre las disposiciones relativas a la inejecución de las convenciones; la falta delictual no tiene que ver en ella [**Claro Solar (1986 T. 2. 540)**].

Para llegar a esta conclusión se invoca como justificación que en el caso de dolo, que la misma culpa intencional del dependiente implica ya de por sí, que el dependiente ha actuado fuera de los límites de sus funciones.

MELICH ORSINI, sostiene que esa fundamentación nos demuestra que la cuestión no se plantea correctamente cuando se hace depender la posibilidad del principal del grado de culpa en que se haya incurrido el dependiente. Lo correcto es investigar si el acto

doloso del dependiente fue o no cumplido en ejercicio de sus funciones pues de la sola circunstancia de tratarse de un acto doloso no puede derivarse que él mismo ajena a la función [**Melich Orsini (ob cit ; 477)**].

La cuestión en nuestro derecho no admite mayor debate, habida cuenta que el artículo 25 del Código Penal, establece la obligación in solidum, tanto a las personas naturales o jurídicas, por los daños ocasionados a terceros, por actos ilícitos de sus dependientes en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellos.

Lo importante es que el acto del dependiente sea extracontractual, esto es que entre la víctima y el dependiente no exista vínculo preexistente, pues si el daño lo produce el dependiente como consecuencia de un vínculo entre este y la víctima el principal sería un tercero, y la responsabilidad gravitaría exclusivamente, sobre el dependiente y no alcanzaría al principal. O bien si el dependiente actuando en nombre del principal, celebra el contrato ya no sería hecho del dependiente, sino hecho propio del principal, por la figura de la representación.

Lo trascendente es que el hecho sea imputable al dependiente, carece de relevancia para los efectos de la responsabilidad civil, que se trate de un delito o de un cuasidelito.

c) Que el Hecho sea en ejercicio de sus Funciones o con Ocasión de Ellos.

El hecho positivo o negativo del dependiente, que produce el daño debe ser en razón de sus funciones o con ocasión a ellos, así el artículo 1645 del Código Civil antes citado limita la responsabilidad del principal a los hechos de sus dependientes en el servicio de los ramos en que tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones. La cuestión no obstante ha sido muy discutida doctrinalmente.

SALVAT, exige que el dependiente haya obrado en el ejercicio de la función encomendada, aún en caso de tratarse de un ejercicio irregular o abusivo [**Salvat en Alterini (ob cit ; 694)**].

Otros autores inclinados a la objetivación y en seguimiento de la doctrina y la jurisprudencia francesa, extienden la responsabilidad al principal, cuando los hechos dañosos han sido ejecutados, sea en

el ejercicio de sus funciones, sea con ocasión de ese ejercicio y aún cuando el daño resulte de un abuso de tales funciones [**IBIDEM**].

Para **ALTERINI** la cuestión conceptual que se discute, exige precisar que el principal responde de los actos de sus dependientes cuando estos han obrado, en algunos de los siguientes supuestos.

- a) en ejercicio de sus funciones,
- b) cuando no se trate del ejercicio estricto sensu de función, esta haya sido el medio idóneo para causar el daño, como por ejemplo el sereno armado que utiliza irregularmente el arma que esta facultado para portar, para agredir a alguien.
- c) si ha promediado un ejercicio aparente de la función, como en el caso en que un capataz ordena a un obrero realizar un acto dañoso a un tercero [**IBIDEM**].

Al respecto acotamos que, en todo caso debe haber una razonable relación entre el hecho del dependiente y los servicios o funciones que presta en el centro médico.

No calificará para adscribir responsabilidad al centro, el hecho

del auxiliar en su vida privada, ni los actos que totalmente al margen de sus funciones cometa en perjuicio de terceros.

Establecido el hecho como determinante en la causación del resultado dañoso, por tener con relación a éste causalidad adecuada, se producirá la responsabilidad civil personal del dependiente, además ocurrirá, que en cabeza del Centro Médico como principal gravitará también una obligación reparatoria a favor de la víctima, ésta responsabilidad, podrá ser consecuencia de un factor subjetivo, culpa en la elección o en la vigilancia del dependiente, o bien podrá ser objetiva, el deber de seguridad o garantía, incorporado tácitamente al contrato a favor del acreedor que no debe soportar daños imputables a hechos del acreedor.

Así, si se trata de una responsabilidad que descansa sobre la idea de la culpa, el deudor, Centro Médico se libera probando prudencia y una razonable diligencia en prevención del hecho dañoso, lo cual destruye, la presunción de culpa que la ley le impone.

Al contrario si se trata de responsabilidad objetiva, por el factor de garantía, el deudor, clínica privada, solo se libera mediante

la liberación del dependiente o probando causa extraña, por tratarse de una presunción de responsabilidad.

d) Fundamento de Responsabilidad

Hemos sostenido que el fundamento del deber de reparar puede provenir de una relación o vínculo previo, en cuyo caso será contractual y puede también tener su origen en el deber genérico de no causar daños a los demás, alejado de todo vínculo previo en cuyo caso la responsabilidad será extracontractual.

Tiene particular importancia esta cuestión, en el tema de la responsabilidad por hechos del dependiente en general y del dependiente del centro médico en particular, pues las reglas sobre este punto hacen variar sensiblemente las consecuencias prácticas; el fundamento la extensión y la excusabilidad del principal.

d.1) En el Sector Contractual.

Hemos sostenido que si la responsabilidad civil del principal por los hechos de sus dependientes, tiene su origen en un vínculo contractual previo, entre el principal y la víctima, el fundamento de dicha responsabilidad será el factor garantía o seguridad, que fue

explicado en la parte general del presente trabajo.

En razón de este factor objetivo de atribución, el acreedor tiene a su favor una garantía, fundada en un deber de seguridad ofrecido tácitamente por el deudor Centro Médico, y que consiste en comprometer su propia responsabilidad personal y directa como garante de los actos de todo tercero, que por su iniciativa interviene en la ejecución del contrato, sin tener vínculo alguno con el acreedor.

Este deber de garantía, pone en cabeza del acreedor una acción directa contra su deudor, quien en razón del vínculo contractual le asegura que quienes intervengan por su iniciativa en la ejecución del contrato, están plenamente garantizados con su propia responsabilidad civil.

Así la responsabilidad del dependiente del centro médico, que se incarta en la esfera contractual, es objetiva e inexcusable, deviene del deber de garantía al que nos hemos referido, a propósito de la responsabilidad del centro por los actos médicos.

**d.2) Fundamento de este deber de Reparar en el Sector
Extracontractual.**

Cuando la víctima es un tercero, que nada tiene que ver con el centro, la situación se inserta en la esfera extracontractual y por lo tanto, habrá de aplicarse las normas que conforme a este sector admiten que la responsabilidad civil extracontractual del principal por los hechos de terceros por quienes se debe responder, está gobernada por los factores subjetivos, culpa in eligendo, culpa in vigilando, presunciones de culpa, que por serlo, admiten prueba en contrario.

En efecto, la situación no es similiar en la esfera extracontractual. Tomese en cuenta que, esta responsabilidad que es subjetiva está recogida en una presunción de culpa, contenida en el tercer párrafo del artículo 1645 del Código Civil, que impone a los dueños o directores de establecimientos o empresas respecto a los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones el deber de responder subsidiariamente.

Esta presunción de culpa, admite prueba en contrario, tal como lo señala el párrafo final del artículo 1645 en comento al estatuir que, la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Del texto de la norma se concluye que, la presunción contenida en ella admite un supuesto de excusa libratoria del Centro Médico Privado, que consiste en demostrar haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Si definida la relación, en que se produce el hecho y concluido que la víctima, no tiene relación contractual con el centro, la responsabilidad será subjetiva y por lo tanto subsidiaria, aunque solidaria, virtud del artículo 1645 del Código Civil analizado.

En cambio si del mismo análisis concluimos que existe un vinculo previo entre la víctima y el centro, la responsabilidad será directa e inexcusable contra la clínica, en razón del hecho del dependiente, puesto que la acción de la víctima contra el centro, se

fundamentaría el ámbito de la responsabilidad contractual que como queda dicho genera una presunción de responsabilidad.

6. Válidez de las Cláusulas que Modifican la Responsabilidad del Centro Médico.

Corresponde ahora, determinar el daño resarcible y su prueba, a los fines de determinar la válidez de las cláusulas que limitan la extensión del daño reparable.

Por daño debemos entender, cualquier afección tanto, físico como moral que sufra el paciente en razón o como consecuencia del acto médico, paramédicos o de hospedaje, o daños más comunes en los actos médicos y paramédicos son lesiones y muerte, pero no se excluye el daño moral, que puede sobrevenir por ejemplo en el caso de divulgación ilegítima del secreto médico. Como se sabe, el daño moral ha sido regulado expresamente, mediante la incorporación del artículo 1644 a del Código Civil aplicable tanto al sector contractual, como extracontractual.

Un presupuesto de hecho de la responsabilidad civil, sin dudas lo constituye el daño, sin lo que no hay responsabilidad civil, de

allí que el artículo 992 del código civil, claramente señala los límites del daño que se está obligado a reparar, tanto el deudor de buena fe, como el incumplidor doloso.

La situación de la responsabilidad médica no difiere de las normas generales que expusimos en el primer capítulo de este trabajo, relativos al daño como elemento de la responsabilidad civil. Sin embargo, haremos unas pocas precisiones adicionales, antes de abordar el tema de la limitación convencional del daño.

Consideramos que el daño material a que está obligado a responder, el galeno reo de mala praxis médica, incluye, tanto el daño presente o actual y como el futuro, independientemente de que la víctima haya obtenido por otra causa indemnización del daño, en consecuencia la obligación directa del Centro por la culpa del médico, se extiende a los mismos límites.

Supongamos que un paciente muere, por mala praxis médica, estando asegurado con una compañía privada de seguro por tal evento, sus herederos reciben en razón de la póliza de seguro la suma asegurada. No obstante, siendo la causa de la muerte de su pariente

la culpa del médico quedarán a salvo sus acciones y derechos contra él es y contra el Centro Médico, lo mismo sucede, si el hecho es consecuencia de culpa de ellos dependientes auxiliares.

Como en esta en materia, se aplican las reglas comunes, el deudor deberá responder tanto, por el daño emergente como por el lucro cesante que sufre la víctima, conforme al artículo 991 del código civil.

Hemos sostenidos que, a pesar de la inclusión de la norma sobre el daño moral en la regulación de la responsabilidad extracontractual esta tiene vigencia en ambos sectores, tanto contractual, como extracontractual. De ello resulta que la responsabilidad del médico que en principio se ubica de la esfera contractual, impone la reparación del daño moral, puesto como queda dicho la noción de daño moral es inherente a ambos sectores de la responsabilidad civil, por ende los centros deben responder hasta por dicho extremo.

Sobre el daño es necesario acotar que corresponde a la víctima demostrar que el mismo es consecuencia necesaria del acto

del deudor, sin lo cual el daño no será indemnizable.

El médico deberá reparar el daño que es consecuencia de su mala praxis, corresponde al demandante demostrar tal circunstancia, sin lo que no podrá prosperar en su reclamación.

La extensión del daño, también es asunto que corresponde a la víctima, puesto que al igual que el daño mismo, es un presupuesto de hecho del reclamo lo cual, prospera una pretensión de responsabilidad civil contra el centro privado.

Corresponde analizar si son válidas las cláusulas que reforman los elementos relativos al daño reparable, que acabamos de consignar. Esto es, si convencionalmente pueden las partes válidamente fijar el monto de la indemnización compensatoria en caso de daños, mediante cláusulas penales, limitativos o exonerativos de responsabilidad civil.

El tema ha sido motivo de debate, para una mayor comprensión hemos de examinar los tres criterios siguientes; los que la aceptan sin reserva; los que lo condicionan o limitan en su contenido; y los que le niegan todo valor legal, para finalmente

establecer nuestra posición sobre el particular.

a) Sector que Admite la Validez de estas Cláusulas.

Para algunos autores podría estipularse, en materia contractual, una cláusula en virtud de la cual se exima de responsabilidad en el caso de culpa al deudor, así por ejemplo, defectos que pueda tener una obra imputables por aquella causa a los obreros; lo cual sería lícito [**Rezzonico (ob cit 91)**].

Bajo ese criterio y en virtud de que la actividad médica jurídicamente está gobernada por un contrato, nada se opone dicen en la ley, a conceder la misma validez a estas cláusulas.

GHERSI, dentro de la doctrina colombiana interpretando el artículo 868 y siguientes del Código Civil de aquel hermano país, ha sostenido que la renuncia, que es el acto por medio del cual una persona abdica, abandona o se desprende de un derecho que le pertenece, sea real o personal es válida, cuando reúne los requisitos exigidos por la ley, puesta en consecuencia la acción civil de indemnización, se detiene ante la excepción opuesta por el deudor [**Gheri (1993 ; 177)**], obviamente la renuncia supone la existencia

actual del derecho por lo que entendemos esta posición.

b) Sector que Condiciona su validez o Limitan su Contenido.

Un importante sector de la doctrina, limita la validez de estas cláusulas al contenido de la dispensa, así serán válidas las cláusulas sobre culpa leve, más no así, aquellas que se refieran a culpa grave o dolo.

En este sector de la doctrina mencionamos a **GIFFORD AGUIRRE**, quien inspirado en **ALESSANDRI** y **SOMARRIVA**, luego de aceptar la validez y eficacia de estas cláusulas, ha manifestado, no valen las cláusulas que exoneran la culpa lata o grave [Aguirre (op cit ; 126)]

Agrega el citado autor que según los maestros **ALESSANDRI** y **SOMARRIVA**, las cláusulas de exoneración solo pueden referirse a la culpa levisima o a la leve, pero nunca a la grave o lata, lo cual sustentan con los artículos 1522 y 1535 del Código Civil Colombiano. El artículo 1522 dice que el pacto de no pedir más, en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en

ella; y agrega, la condonación del dolo futuro no vale. Perdonarlo es una estipulación que adolece de objeto ilícito, por lo tanto de nulidad absoluta [**IBIDEM**].

Si esta disposición lo concordamos con el artículo 63, según el cual la culpa grave, equipara al dolo en sus efectos civiles, concluiremos que las cláusulas de irresponsabilidad no pueden referirse a la culpa grave [**IBIDEM**].

Otros por su parte le cuestionan el monto, a dicho **GHERSI**, concluyendo en la inválidez de estas cláusulas, cuando el quantum indemnizatorio resulta irrisorio, pues en este caso se configuraría un supuesto equiparable a una cláusula de exoneración total del deber de reparar, siendo en cambio admisible de tratarse de una reducción razonable [**Gheresi, et al (ob cit ; 212)**].

c) Sector que le Niega todo Valor Legal

YUNGANO ha expuesto, en el contrato de asistencia médica por la naturaleza de las obligaciones y finalidades en juego no resulta aceptable una eximición de responsabilidad por culpa, ya que el

objeto de la prestación, la salud del paciente, es una cuestión donde está comprometido el orden público [Yungano (ob cit ; 166)].

Agrega, es nula toda cláusula que exima total o parcialmente al profesional por culpa en el tratamiento al enfermo; en este sentido se ha sostenido que siendo la atención médica la obligación esencial del contrato, la cláusula de irresponsabilidad carece de validez [IBIDEM].

Este criterio es compartido por un amplio sector de la doctrina, incluso algunos códigos civiles, como el Código Civil Francés y el Suizo, expresamente prohíben toda dispensa anticipada de culpa.

d) Nuestra Posición

Somos creyentes, que en el derecho panameño formal y prima facie, podría concluirse la omisión de la concepción del segundo grupo, que admite las cláusulas de irresponsabilidad relativas a la culpa leve, puesto que el mismo análisis hecho con relación a las disposiciones del Código Civil Colombiano, podría hacerse con relación, a las disposiciones del Código Civil nuestro que corresponde a aquellas.

Así, el artículo 987, sentencia que la renuncia a la

responsabilidad proveniente de dolo es nula, y el artículo 988 que se refiere a la responsabilidad por negligencia, no reproduce la prohibición de renuncia, que a propósito del dolo hace el artículo 987. Además, si la culpa grave equivale al dolo, en materia civil, artículo 34c, quedaríamos reducidos al mismo análisis lógico formal, de **AGUIRRE, ALLESANDRI y SOMARRIVA**. No obstante, no somos partidarios de tal posición por las razones que expondremos en su oportunidad.

Con relación al extremo que llegan los sostenedores de la tesis nugatorias, hacemos el reparo que admitir como fundamento del rechazo de estas cláusulas, por que afectan un elemento esencial del contrato, equivaldría a rechazar uniformemente la validez absoluta de las cláusulas de limitación de responsabilidad, pues todos los intereses jurídicamente protegidos, y que son los elementos de la esencia de los contratos, serían según ese criterio, vulnerados si se admitieran cláusulas que atenúen la responsabilidad civil, por cualquier genero de culpa, lo cual no se justifica.

Somos del criterio de que estas cláusulas no tienen ninguna

válidez, ya que eximir de culpa anticipadamente, colisiona con el deber de diligencia que exige la naturaleza de la obligación, que presenta una relevancia máxima en ese contrato, por el bien jurídico en juego.

La vida se ha dicho, es una categoría esencial o existencial a la cual se subordinan las demás categorías que, como cualidades propias del hombre , lo ubican en el plano ontológico. Puede afirmarse así que la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad el primero, y por ello, el principal de entre todos pues si se suprime la vida dejan de existir los demás derechos personalísimos que, como atributos o cualidades adjetivas del ser humano comienzan y terminan con la existencia [**Bustamante Alsina (ob cit ; 229)].**

Bajo estos conceptos concluimos que en la asistencia médica, se compromete el orden público y por lo tanto, no es excusable anticipadamente la más mínima culpa del médico, más aún que estas cláusulas son incorporadas a contratos generalmente de adhesión.

7. Supuestos de Exoneración de la Responsabilidad del Centro Médico

Hasta aquí hemos sostenido que, en principio el médico es personal y directamente responsable de la reparación de todo daño que experimente el paciente, como consecuencia de su falta, conclusión a la que llegamos por vía de la aplicación de las reglas comunes inherentes a la responsabilidad contractual y extra contractual, según el caso.

Ahora bien, así como en la totalidad de las relaciones jurídicas se aplican ciertas reglas que justifican la liberación del deudor, bien, por no ser el causante del daño o por no poder evitar su producción en razón de circunstancias extrañas a su persona, así también, la responsabilidad del médico puede verse, limitada e incluso cesada ante la ocurrencia de tales ciertos eventos.

Son las llamadas causas extrañas que cortan el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, por la intervención de otros factores que de alguna manera determinan el resultado sin que el

deudor este en situación de evitarlo.

El hecho de terceros y el caso fortuito, son eventos que interrumpen el nexo de causalidad, lo que genera la liberación del médico deudor y la correspondiente liberación del centro, además con relación al dependiente se añade, la prueba de diligencia en la prevención del daño, veamos cada supuesto por separado.

a) Hecho de Tercero

Al efecto pueden darse varias situaciones, que la causa del daño provenga de culpa concurrente, por existir un hecho recriminable tanto en el médico como en el paciente, puede también darse la situación de la exclusiva culpa de la víctima, y por último ocurrir que intervenga el hecho de un tercero, por quien el médico no tenga, legalmente que responder.

En los tres supuestos existen modificaciones de la responsabilidad civil del médico, no cabe duda que en los supuestos segundo y tercero, culpa de terceros médico no tendrá en absoluto responsabilidad ni deber de reparar.

La situación no obstante es notablemente diferente en cuanto

al primer supuesto, culpa concurrente de médico y paciente, al respecto debe precisarse la regla que ha de aplicarse, al efecto.

La doctrina mas autorizada ha reconocido como solución al tema de la culpa concurrente la compensación de culpas, o sea cada uno, demandado y demandante, soportaran el daño en la medida de su propia culpa. Así sí el daño es consecuencia de un hecho de la víctima y del deudor, cada uno concurrirá en la reparación del daño conforme a nivel de incidencia que haya tenido su propia falta en el resultado dañoso.

El médico que yerra, en el diagnóstico es responsable del daño que tal error causa al paciente, que en razón de su error ha sido sometido a un tratamiento perjudicial. Pero también, es responsable la víctima que citado por el médico a consulta posterior no asiste, continuando por iniciativa propia el tratamiento errado ordenado por el médico.

En este supuesto, el médico será responsable por el daño en proporción a la idoneidad que tenga el tratamiento equivocado para producir el resultado, pero solo por las dosis que ordenó tomando en

cuenta la nueva consulta con el paciente. El paciente por su parte, será responsable del aumento del daño atribuible a su no concurrencia a la cita prevista y persistir por iniciativa propia consumiendo el medicamento errado, por haber incumplido una obligación contractual y haber evitado con ello que el médico pudiese corregir el tratamiento errado.

En resumen la interrupción de nexo causal por culpa concurrente genera división del perjuicio y su reparación en cabeza de ambas partes, víctima y médico.

b) Caso Fortuito

Conforme al artículo 34 d., del Código Civil, será fuerza mayor, la situación producida por hechos del hombre, a las cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos y otros análogos, y caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.

Así el artículo 990 del Código Civil nos dice, fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse o que, previstos, fueran inevitables. Esta norma sobre responsabilidad contractual, recoge tanto el caso fortuito, como la fuerza mayor, como causas de interrupción del nexo causal.

De lo hasta aquí expresado resulta que los caracteres esenciales de la fuerza mayor y el caso fortuito, resultan ser la inevitabilidad, y la irresistibilidad, presentes ambas condiciones, se constituye una eximente de responsabilidad.

La medicina es una actividad que aún con los enormes progresos en ella experimentada, está dotada de cierto aléa, lo cual en ocasiones interviene de manera determinante en un resultado imprevisible e inevitable.

Así es común escuchar ante el asombro de propios y extraños que tal paciente en estado crítico, sobrevivió milagrosamente ante

determinada intervención quirúrgica, suele también escucharse de común entre los deudos de un paciente que fallece por una enfermedad que aparentemente no, es causal de dicho resultado, el médico es responsable de la muerte de fulano.

El carácter de obligación de medio, es precisamente la evidencia de esta situación, empero dentro de los límites correspondientes es universalmente aceptado la presencia del elemento aléa, más que en el común de los contratos conmutativos.

Además pueden darse casos, por ejemplo de la rotura de una aguja cuya extracción puede amenazar la vida o la integridad del paciente, decidiéndose en razón de su ubicación no extraerla, la responsabilidad del médico no sería comprometida si demostrase el riesgo que importa intentar su extracción.

No es posible en este supuesto atribuir responsabilidad al médico, pues como queda dicho el antecedente de hecho de la responsabilidad médica, es la culpa médica.

Si la aguja se quebró accidentalmente y sin que hubiere negligencia imprudencia o impericia, no habrá lugar de

indemnización.

c) Prueba de Prudencia.

Al efecto el último párrafo del artículo 1645, del Código Civil, que se refiere a responsabilidad extracontractual, señala que la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

De ello resulta que el daño proveniente de responsabilidad extracontractual contra el centro es liberable autonomamente, aunque el dependiente sea reo de responsabilidad directa.

Esta situación, es consecuencia de que en el ámbito extracontractual la responsabilidad no se presume, sino solo la culpa, demostrada la vinculación del autor directo, dependiente.

Finalmente ésta norma será en lo que a responsabilidad médica, se refiere de excepcional aplicación por cuanto, como que dicho, la cuestión médica, opera en el ámbito contractual.

CONCLUSIONES

1. La práctica médica se ha vuelto exersivamente onerosa, el acceso a la tecnología y los avances científicos actuales, lo que ha convertido al médico en dependiente de grandes instituciones asistenciales.
2. Por el mismo fenómeno, el médico de hoy requiere de la participación de personas muchas veces ajenas a cualquier género de formación en el arte de curar, quienes intervienen como capitalistas, los cuales obtienen gran parte de las ganancias que se generan en el sector salud.
3. Por ello, los Centro Médicos Privados, son en la actualidad protagonistas en la cuestión de la salud y atienden un considerable porcentaje de la población , tanto de la clase media, como alta.
4. La resolución médico - paciente dentro de dicho contexto ha dejado de ser íntima y personal y se ha vuelto mecanizada. El médico no se sitúa ante el paciente, sino ante la enfermedad.

5. La tecnología y la ciencia tienen extraordinaria relación con el avance en el arte de curar, y cada día más, se logran curar con un mayor índice de probabilidades de éxito, enfermedades hasta hace poco terminales.
6. De lo anterior resulta que siendo gran parte de las enfermedades confortables por los avances científicos y tecnológicos, el fracaso de la actividad concreta del médico, puede deberse a su negligencia, lo que pone cada vez más, a estos en situación de demandados.
7. No es tan exacta la ciencia médica, como la física o matemática, por lo que siempre habrá un alea^o en las actividad asistencial, lo que aún justifica su caracterización como obligación de mera actividad
8. Los Centros Médicos Privados, no obstante deben responder, en los supuestos en que su personal médico, cause daño por culpa a sus pacientes dentro del centro, o con ocasión a la prestación de algún servicio prestado por el centro fuera de su sede.

9. La responsabilidad del Centro Médico Privado, es consecuencia de la aplicación de las normas comunes en materia de responsabilidad civil, en vigencia con fundamento a factores objetivos y subjetivos.
10. En efecto, en lo relativo a la responsabilidad del Centro Médico por los actos médicos, rige básicamente el factor objetivo, garantía y seguridad, implícitamente contenida en el contrato celebrado entre el paciente y la clínica.
11. La responsabilidad civil del médico frente al paciente tiene su fuente o raíz también en la esfera contractual, bajo la modalidad de estipulación a favor de tercero.
12. La responsabilidad de la clínica, excepcionalmente puede verse comprometida al margen de todo vínculo previo, y en tal sentido, dicha responsabilidad será fundada en la culpa.
13. Por lo que hemos dicho afirmamos que la responsabilidad subsidiaria de la clínica frente al hecho médico culposo, entraña una presunción de responsabilidad y la misma responsabilidad del

centro frente al hecho de los dependientes y auxiliares fuera del marco del contrato importante una presunción de culpa.

14. El médico tiene con el paciente obligaciones de integridad, puntualidad, prudencia, pericia, debido cuidado, sapiencia, obligaciones que garantiza la clínica, que coloca al médico en posición de causar daño al desatender cualquiera de las obligaciones antes expresadas.

15. La culpa médica, no es distinta a la culpa común, por lo tanto, del análisis de las normas vigentes en responsabilidad civil, se llega a la conclusión, que las mismas son perfectamente aplicables a los médicos y a los demás profesionales liberales. Siendo así es exigible responsabilidad civil a los centros médicos privados, en los supuestos en que estos deban responder conforme a los factores de atribución admitido por la ley.

16. La responsabilidad de los centro médicos, tanto en la vía contractual, como en la extracontractual es solidaria, por ello podrá demandarse a la clínica, sin necesariamente tener que

demandarse al causante directo del daño, aunque en el respectivo proceso la víctima deberá probar la culpa de este, además del vínculo con el centro.

17. La prueba de la culpa médica, es sumamente difícil para la víctima, tanto por el contenido de la ciencia médica propiamente tal, como por los pocos medios que su alcance tiene éste, lo que sumado al encubrimiento entre colegas, hace impunes muchos casos de mala praxis médica.
18. La responsabilidad médica es inexcusable convencionalmente de manera anticipada, por ello debemos concluir, que son nulas las cláusulas de irresponsabilidad, o de limitación de la cuantía del daño que se insertan en estos contratos.
19. La responsabilidad de los centros médicos cesa, ante los mismos eventos que hacen cesar, la responsabilidad civil corriente, tales como, hechos de tercero y caso fortuito.

20. Además si la responsabilidad se produce al margen del contrato y como consecuencia del hecho del dependiente, dicha responsabilidad es excusable, mediante, la prueba de diligencia en la prevención del daño.

RECOMENDACIONES

- 1 A pesar de que la cuestión médica jurídicamente en lo medular no difiere del tema de la responsabilidad civil en general, consideramos que dada las específicas connotaciones de la asistencia sanitaria privada debe procurarse una regulación especial al efecto.
- 2 Además las normas, que recoge el Código de Ética de la Asociación Médica de la República de Panamá, a pesar de tener una importancia clara en el ejercicio de la actividad, tiene el defecto de no contar con la debida sanción jurídica, por lo que su vigencia efectiva es limitada, lo cual sería resuelto si teniendo dicho documento como base, se promulgará una ley especial.
- 3 Ante el problema de la prueba de la culpa del médico, resulta conveniente, una inversión de la carga de la prueba en ciertos supuestos en que la dolencia sea de aquellas que normalmente son seguidas después del tratamiento de la recuperación del paciente, cuando ello no fuere así.
- 4 Conforme a esta presunción la víctima deberá acreditar la dolencia y que normalmente al tratamiento recibido, sigue la curación,

correspondiendo al médico probar su falta de culpa en el resultado contrario al normalmente esperado.

- 5 Dada la diversidad de relaciones jurídicas que pueden darse y que en efecto se dan en la organización de los centros médicos privados, corresponde al Estado mediante ley, crear una norma que vincule al centro, cualquiera sea su conformación orgánica o estructura jurídica, a la reparación de cualquier daño proveniente del defectuoso servicio asistencial que en el se efectúe.

6. Debe a fin de evitarse la evasión de responsabilidad por parte de los centros médicos privados, reputarse mediante una ficción que todos los componentes del mismo, sean solidariamente responsables ante cualquier daño injusto ocurrido. Esto evitara la dispersión de responsabilidad, a través de la creación de un número plural de entes jurídicos “responsables” de determinado sector del servicio hospitalario.

7. En cuanto al problema resultante de la falta de médicos dispuestos a participar en pericias que aclaren supuestos de mal praxis médica, el Ministerio Público y el Organo Judicial deben contar con un grupo de funcionarios que sean médicos que tengan como función participar en dicha actividad forense.

- 8 En cuanto lo dispensa, atenuación o modificación de la responsabilidad en casos de daños provenientes del ejercicio de la actividad médica, debe procurarse su prohibición legal expresa, ya que conforme a la legislación vigente podría darse cabida razonadamente a dar validez a tales cláusulas contractuales, por la físur contenida en ella, en lo que a culpa leve se refiere.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHAVAL, A. 1992. La Responsabilidad Civil del Médico, Abeledo Perrot, Buenos Aires. págs 270.
- ALTERINI, A.A., 1987. Contornos Actuales de la Responsabilidad Civil Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 98 págs
1995. Derechos de Obligaciones Civiles y Comerciales. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 901 págs.
1995. La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Isidro H. Goldemberg, Abeledo Perrot, Buenos Aires. Págs 389 - 396.
- BAENA UPEGUI, M. 1992. Curso de Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional Bogotá. 585 págs.
- BASILE, A. 1994. Aspectos Médicos Legales. Editorial Universidad. Buenos Aires. 404 págs.
- BONASI BENUCCI, E. 1985. La Responsabilidad Civil, Editorial Bosh, Barcelona 287 págs.
- BUSTAMANTE ALSINA, J., 1993. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 737 págs.

- CARDONA HERNANDEZ, . 1991. “La Responsabilidad Médica ante la Ley T. I., Cuarta Edición, Propiedad del Autor, Bogotá. págs. 580.
- CLARO SOLAR, L. 1986. Derecho Civil Obligaciones, Imprenta Universal de Chile tres tomos.
- FERNANDEZ CÁTALES. 1988. El Contrato de Servicios Médicos, Edit. Civitas, S.A., Madrid. Págs.252.
- GHERSI, C.A. 1994. Contrato de Medicina Prepaga, Editorial Astrea, Buenos Aires. 260 págs.
1994. Obligaciones Civiles y Comerciales, Edit., Astrea, Buenos Aires. 543 págs.
1995. Modernos Conceptos de Responsabilidad Civil. Ira Edición, Biblioteca Jurídica Dike. Medellin. 190 págs.
- GIFFORD AGUIRRE A. 1993. El Médico y su Responsabilidad, Edit. Temi, S.A., Bogotá. 145 págs.
- GONZALEZ MORAN, L. 1981. La Responsabilidad Civil del Médico, Bosch, Barcelona. 297 págs.
- JOVANE, J. 1993 Jurisprudencia Civil al Día, Primera Edición, Edit Publipan Panamá. págs 637.
- JORDANO FRAGA F. 1985. Las Reglas Particulares de la Responsabilidad Contractual. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, No.568 Madrid.
- LARROUMENT C. 1993. Teoría General de Contrato, Editorial Temis, Bogotá, 1993, 2 volúmenes.

- MARTÍNEZ RAVE, G. 1993. Responsabilidad Civil extracontractual en Colombia 7ª. Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 661 págs.
- MAUAD PONCE. 1994 Breves Consideraciones Sobre la Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina. En Revista Lex Litho - impresora Panamá, S A. Panamá 47 - 83.
- MAZEUD H y L y TUNC. A. 1961. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. 5ta. Edit
- MELICH, ORSINI J. 1995. La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos, Tomo I, Edit. Serie Estudios, Caracas. págs 508.
1995. La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos, Tomo II, Edit. Serie de Estudios, Caracas. págs. 693 .
- MESSINEO, F. 1952. Doctrina General del Contrato, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 2 tomos.
- MOLINA URRUBLA C. 1994. Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad médica Parte General, Biblioteca Jurídica DIKE, Medellín. 292 págs.
- MOSSET ITURRASPE, G. 1992. Responsabilidad por Daños, Responsabilidad Colectiva, Eidt., Rubinzal - Culzoni, San Fé. Págs 305.
- OCHOA, OLVERA S. 1996. La Demanda por Daño Moral, Edit. Monte Alto, México, págs. 171.

- PEIRANO FACIO, J. 1991. Responsabilidad Extracontractual, Editorial Temis, 1981, Bogotá. 686 págs.
- PLANIOL M. Y RIPERT, G. 1991. Tratado Elemental de Derecho Civil, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 7 tomos.
- PIZARRO R. 1983. Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de las Cosas, Editorial Universidad, Buenos Aires. 605 págs.
- SERRANO ESCOBAR L., G. y TEJADA RUÍZ C.P. 1994. Responsabilidad Civil del Estado en la pretensión de Servicios Médicos Asistenciales. Bogotá. 249 págs.
- SERPA FLORES, R. 1995. Etica Médica y Responsabilidad Civil del Médico, Edit. Temis, S.A., Bogotá, págs. 38.
- TAMAYO JARAMILLO, J. 1989. De la Responsabilidad Civil, Las Presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa, Temis, Bogotá,. 489 págs.
1990. Culpa Contractual, Editorial Temis Bogotá.
1993. Responsabilidad Civil Médica en los Servicios de Salud Ira Edit Biblioteca Jurídica DIKE. Bogotá. 404 págs.
- VALENCIA, RESTREPO H. 1986. Derecho Privado Romano, Edit. Temis, S.A., Bogotá. 500 págs.

- VALENCIA ZEA, A. 1988. Derecho Civil de Obligaciones, Editorial Temis. Bogotá. 577 págs.
- VASQUEZ FERREYRA, R.A. 1993. Responsabilidad por Daños (Elementos). Editorial Depalma, Buenos Aires. 289 págs.
1995. Prueba de la Culpa Médica, 1ra. Edit, Biblioteca Jurídica DIKE Medellín, 386 págs.
- YUNGANO F. 1992. Responsabilidad Profesional de los Médicos, 2da. Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 369 págs.
- ZANNONI, E.A. 1993. El Daño en la Responsabilidad Civil 2da. Edición Editorial ASTREA, Buenos Aires. 471 págs.
- ZUCCHERINO , R.M. 1994. La Praxiz Médica en la actualidad. Editorial Depalma, Buenos Aires, 206 págs.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Código Civil Colombiano, Ediciones Ecoe Rogelio Enrique Peña, Santa Fe Bogotá.
- Código Civil de la República Dominicana, Edición corregida y actualizada Editorial Tiempo, S.A., Santo Domingo, 1989.
- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Ediciones Delma Naucalpan, México, 1991.
- Código Civil de Venezuela Ley de Reforma Parcial del Código Civil. Copia de la Gaceta Oficial No.2990 extraordinaria de 25 de julio de 1982. Vadell hermano editores, Valencia, Venezuela, 1984.

- Código Civil, Código de Procedimientos civiles y leyes afines, actualizado por Ricardo Mendoza Orantes, El Salvador, 1992
- Código Civil de la República Dominicana, leyes que modifican y lo complementan, Décima edición preparada por el Dr Plinio Ierrero Peña, Santo Domingo, República Dominicana, 1991
- Código Civil Paraguayo, colección Legislación Paraguaya, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 1992
- Código Civil, República de Honduras, Editor Centro Técnico Tipográfico Nacional <<CFTINA>>, 1991
- Código Civil D.L. No 12760 de 8 de agosto de 1975, concordado, editado por Servando Serrano Torrico, Cochabamba, Bolivia, 1992
- Código Civil de Costa Rica, Investigación Jurídicas, S A , San José, Costa Rica, 1992
- Nuevo Código Civil, Decreto Legislativo No 295 Edificación actualizada - Ediciones y Distribuciones Berrio, Lima - Perú, 1992
- Código Civil, República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992
- Código Civil, República Argentina, Editor Zavalia, Buenos Aires, Argentina, 1992
- Código Civil Español, Edición preparada por Cesar Sempere Rodríguez, Duodécima edición, Editorial tecnos, S A , Madrid - España, 1993
- Código Civil de Guatemala, Decreto Ley No 106 Jiménez Ayala Editores Guatemala - Guatemala, 1992

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código Civil de la República de Panamá, Edición Publicada por José Martín Moreno Pujol, Editorial Mizrahi y Pujol, S.A., Bogotá, Colombia, 1993.

Código de Trabajo de la República de Panamá, Edición Publicada por Jorge Fábrega P. y otros. Editorial Litho impresora Panamá, S.A., Panamá, 1995.

Código Penal de la República de Panamá, Edición Publicada por José Martín Moreno Pujol, Editorial Mizrahi y Pujol, S.A. 1993.

Código de Comercio, de la República de Panamá, Edición publicada por José Martín Moreno Pujol y pina Mizrahi, Moreno Pujol, S.A., Santa Fe, Bogotá, 1992.

Ley 32 del 26 de febrero de 1927, (sobre sociedades anónimas) Gaceta oficial No.5067 del 16 de marzo de 1927.

Ley 24 del 1º de febrero de 1966, Por la cual se regulan las Empresas de Responsabilidad Limitada. Publicada en Gaceta Oficial No 15,588 del 31 de marzo de 1966.