UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES ESCUELA
DE DERECHO

Nuevas tendencias en Responsabilidad Civil Médica: el estatuto de responsabilidad de la clínica respecto del médico independiente

Felipe Kunstmann Peña

INFORME JURÍDICO

PROFESOR TUTOR:

PROF. DR. Juan Andrés Varas Braun

Línea de Especialización: Derecho Privado

Asignatura de la línea: Regímenes Especiales de Responsabilidad

VALDIVIA –
CHILE 2019

Índice

- **Abreviaturas**
- **Sumario**
- **Preámbulo**

I. **Descripción general de la responsabilidad civil médica**.
   A. Características principales
   B. La nueva legislación especial en materia médica

II. **Evolución de la responsabilidad médica institucional.**
   A. Contrato de hospitalización institucional
   B. La jugada de las clínicas: separación contractual y jurisprudencia.

III. **Soluciones doctrinales y jurisprudenciales.**
   A. Posibilidades contractuales y teoría del mandato ostensible
   B. Responsabilidad vicaria o estricta y teoría del deber indelegable
   C. Teoría de la culpa en la organización y el riesgo en la empresa

IV. **Conclusiones**

Abreviaturas

- **Art.**: artículo
- **Arts.**: artículos
- **AA.VV.**: autores varios
- **CC**: Código Civil Chileno.
- **Cfr.**: *confere* (compara, parafrasea a, consúltese a)
- **Cit. por**: citado por.
- **CPR**: Constitución Política de la República
- **CSa.**: Código Sanitario
- **D.O.**: Diario Oficial de la República de Chile.
- **Ed.**: Editorial/Editor
- **Et. al.**: *et alia* (y otros).
- **Ibid.**: *ibídem.*
- **Inc.**: inciso
- **L.**: Ley
- **LDP**: Ley Nº 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.
- **LGES:** Ley Nº 19.966, que Establece un Régimen de Garantías Especiales de Salud
- **LPC**: Ley Nº 19.496, que Establece Normas sobre Protección a los Derechos de los Consumidores.
- **Op. cit.**: *opus citatum* (obra citada).
- **SCA**: Sentencia de Corte de Apelaciones
- **SCS**: Sentencia de Corte Suprema
- **Ss.**: siguientes.
- **V.gr.**: *verbi gratia* (por ejemplo).
- **Vid.**: *vide* (véase).
- **Vol**.: volumen.

Sumario

Junto a la evolución de la ciencia médica, se han producido discusiones en torno a los cambios que se han producido en su praxis jurídica, especialmente en lo relativo a la responsabilidad de las instituciones médicas. Mediante la separación de contratos con el médico, se ha esgrimido la irresponsabilidad de la clínica por los daños causados por la prestación médica, sólo aceptando obligaciones relativas a los servicios de hotelería y otros complementos de la medicina. Esto último ha dado lugar a una serie de tesis doctrinales que proponen vías para configurar la responsabilidad efectiva de la clínica, por ejemplo, la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad estricta y la responsabilidad por culpa en la organización. Del análisis de estas y otras propuestas, haré una evaluación sobre su plausibilidad frente a las normas generales y las consideraciones que ha hecho la jurisprudencia sobre los distintos supuestos en que la clínica responde o no por la negligencia del médico.

Preámbulo

En las últimas décadas, en paralelo a la llegada de la economía neoliberal, la ciencia médica ha sufrido nuevas e interesantes transformaciones, que vienen, cómo no, aparejadas a nuevos cambios en el ámbito jurídico de los contratos médicos. Nuevas regulaciones rigen las operaciones de esta área profesional, por ejemplo, la nueva Ley de Derechos del Paciente (L. 20.584) o la Ley de Protección de Derechos del Consumidor (L. 19.496), así como nuevas instituciones, como las Superintendencias de Salud y de Seguridad Social; pero, en medio de la avalancha de cambios, nuevas interpretaciones y zonas grises, un actor de la prestación médica ha ideado mecanismos para desligarse de responsabilidades civiles: la clínica.

Se ha vuelto común que la clínica privada separe su ámbito obligacional y jurídico respecto del médico, pasando de haber una relación de subordinación y dependencia entre ambos, a haber un mero vínculo contractual. Este nuevo vínculo, habitualmente, se relaciona a la provisión de insumos que ofrece la clínica para que el médico pueda realizar sus prestaciones específicas, sin fundirse en una sola personalidad jurídica deudora, sino en una dualidad de deudores respecto de los servicios que se prestan al paciente: los propiamente médicos y los anexos a estos. A fin de cuentas, esto repercute importantemente en las posibilidades que posee el paciente dañado para exigir la responsabilidad de la institución médica, con la que ha contratado y ha confiado, pues, esta se oculta tras una fórmula

contractual que implícitamente determina quien carga con la responsabilidad por la culpa, amparándose en el hecho de sólo haber proveído un grupo de servicios menores, a saber, servicios de hotelería, alimentación, arsenales médicos, infraestructura, máquinas y el *staff*[1] de profesionales ligados al ejercicio de la medicina (como podría ser el anestesista o el intensivista).

Esta última idea no suena nada bien, y conduce a una serie de cuestionamientos: ¿no hay deberes de la clínica respecto de la prestación médica? ¿qué efectos reales produce la separación contractual? ¿cómo influye el estatuto extracontractual a las clínicas? ¿por qué daños responde? ¿cómo se configura la culpa en estos supuestos?

El presente informe tiene por objeto contestar a estas preguntas, centrándose en comprender las variadas posibilidades que alcanza esta rama de la responsabilidad, y sus implicancias para el médico y la clínica, poniendo énfasis en la zona gris de irresponsabilidad que esta última ha buscado crear. Para este acometido, resulta fundamental estudiar tanto los lineamientos generales de la rama, como los casos específicos en los que la responsabilidad médico-clínica se torna difusa, y así, poder establecer cuáles son las herramientas que posee el demandante frente a las defensas que la clínica pueda oponer.

Lo anterior, no quiere decir que me oponga totalmente al nuevo desarrollo contractual, más bien, el enfoque de este trabajo busca explorar los verdaderos contornos de la responsabilidad de las clínicas. Esto implica estudiar qué situaciones se hallan en el legítimo ejercicio de su libertad contractual, y, por otra parte, en qué casos las clínicas estarían abusando de sus ventajas económicas y técnicas respecto de las víctimas de un daño, ya sea causado por sus agentes, sus instalaciones, sus servicios o por los actos de profesionales independientes con quienes se relaciona o asiste.

La búsqueda del criterio determinante para realizar esta distinción será objeto importante de esta discusión. La clínica, *prima facie*, no puede ser entendida como un simple empresario hotelero o distribuidor de insumos médicos[2], sino que, es importante definir que sus obligaciones y deberes de cuidado se hallan comprendidos en un contexto especialmente delicado: las personas que deben cuidar habitualmente se encuentran en un estado de dependencia o inconciencia, y las consecuencias de todo descuido pueden ser fatales.

Esto parece implicar que, si bien la libertad contractual es la base principal de esta materia, el contenido del contrato se ve complementado y adicionado por las normas propias

[1] En adelante, entenderemos *staff* como un grupo de personas que trabajan dentro de una organización.

[2] SCS, rol Nº 5817-2013,.2013.

de la buena fe y la protección de los bienes jurídicos que se tratan en esta prestación. En síntesis, no parece ser que la prestación médica sea simplemente *res inter alios* para la clínica.

Los pasos anteriores permitirán dar luces sobre qué vías de responsabilidad se han propuesto como solución, entre las cuales podremos analizar desde posibilidades tan duras como aplicar una responsabilidad estricta a la clínica, buscar la posible configuración de la responsabilidad vicaria o por el hecho ajeno, hasta la posibilidad de considerar la responsabilidad por el hecho propio, o por el riesgo en la empresa. Frente a estas tesis, resulta crucial tener presente su acogida jurisprudencial, pues, como toda materia de desarrollo reciente, es de toda lógica que existan pronunciamientos judiciales apegados a la lógica antigua, otros más innovadores y algunos ciertamente criticables en cuanto a su entendimiento del área.

En relación a este último punto, es especialmente necesario advertir que no se trata de un área fácil de analizar para los tribunales. La forma en que se producen los daños médicos puede llegar a requerir de intrincadas explicaciones científicas; los médicos tienen un catálogo especial de normas de cuidado derivadas de su *lex artis*[3] (por ejemplo, el deber específico de informar cada una de las circunstancias del tratamiento); la formación del consentimiento y el contrato mismo son cuestiones debatidas en esta área; y, de igual manera, se discute la naturaleza de las obligaciones del profesional en un determinado momento (entre obligaciones de medios y de resultados). Así, me dedicaré al análisis de las particularidades mencionadas, respecto de los diversos actores que intervienen en la creación de los cursos causales del daño, para obtener resultados específicos que, en ponderación de la multiplicidad de factores, arrojen límites más claros a lo que le corresponde al profesional y a la institución médica.

En suma, los alcances de mi estudio seguirán los siguientes lineamientos: 1) una descripción de los principales aspectos que caracterizan a la responsabilidad médica, partiendo por las características básicas de la responsabilidad profesional y la nueva legislación aplicable a las instituciones de salud; 2) un análisis de la evolución jurídica de las relaciones de responsabilidad de la clínica; y 3) la exposición de las diferentes soluciones propuestas por la doctrina, y su acogida jurisprudencial, que permitirán al lector tener un panorama más acabado de la realidad jurídica a la que se enfrenta la clínica por la negligencia del médico independiente.

[3] Entiéndase como el conjunto de normas y directrices técnicas que guían hacia el recto ejercicio de una profesión.

Finalmente, quisiera recalcar que la meta de este estudio tiene relación con evitar aquellos vacíos en los que se puede crear indefensión para los usuarios del sistema de salud privado, teniendo siempre en cuenta que los daños en cuestión pueden llegar a ser los más graves que contempla nuestro ámbito civil, estando en riesgo la intimidad, la salud física o psíquica, e incluso la vida. Resulta del todo importante prever adecuadamente quién ha de responder por los daños causados a tan importantes bienes, por tanto, haré un balance general de las soluciones que nos ofrezca la doctrina y la jurisprudencia, para así determinar si las fórmulas de contratación de la clínica tienen contrapesos adecuados, o si, lamentablemente, existe un ámbito de desprotección real para los pacientes afectados.

I. Descripción general de la Responsabilidad Civil Médica

a) Características generales

Inicialmente, me referiré a ciertos aspectos particulares de esta rama, pero sin abarcar todas sus variables, pues, resultan interminables y no es mi intención explicar todas las posibilidades de una disciplina que crece día a día. Aquellos aspectos que falten serán incorporados más adelante, en lo propio a la responsabilidad de las clínicas.

Al igual que la responsabilidad general, la responsabilidad civil médica se trata de un juicio normativo de imputación de obligaciones reparatorias a una persona, por concepto de la creación de un daño imputable a su conducta[4], que, en este caso, se produce en el contexto de la prestación de un servicio de la profesión médica. Esto parece implicar que la prestación médica es la pieza inamovible que determina la acción o hecho imputable, pero, como he señalado, prefiero definir el ámbito del hecho como una acción dentro de un contexto médico, más que como una acción nominada estrictamente como "prestación médica". Esta acción, según el régimen jurídico que se invoque, puede consistir en un incumplimiento contractual de obligaciones o en un hecho voluntario producido por un tercero sin vínculo jurídico previo (extracontractual). Ambos casos, requerirán de la presencia de dolo o culpa de quien crea el daño.

Respecto de lo contractual, existe una interesante discusión doctrinal de larga data, referida a las obligaciones de medios y de resultado, formulada inicialmente por la doctrina

[4] KELSEN, 1960, p. 15.

francesa respecto de la responsabilidad de los profesionales[5]. Esta discusión lleva a clasificar las distintas prestaciones médicas en torno a sus objetivos concretos, que en sede médica se traduciría en la obligación de mantener un tratamiento o estado en el paciente (obligación de medios), y la obligación de generar un cambio concreto en el cuerpo de la persona (obligación de resultados).

Según DOMÍNGUEZ HIDALGO, la obligación más frecuente en la medicina y en otras profesiones análogas sería la de medios[6], pues, lo que se suele requerir del profesional es la mantención del estado de mayor bienestar posible, dada la complejidad de la materia a trabajar, por tanto, no podría obligarse al profesional a salvar la vida del paciente o a curar una grave enfermedad, sino a proveer los tratamientos y medidas idóneas que, de acuerdo a sus conocimientos, arrojen la mejor probabilidad de mejoría o resistencia a los síntomas. Por otro lado, una obligación de resultado sería exigible en aquellos casos en que, por su naturaleza, la prestación consiste en un hecho concreto y posible, como sería una modificación específica en el organismo, *v.gr.* una cirugía para remover dos lunares determinados. Estas clasificaciones, según mi punto de vista, no se excluyen en el marco de un mismo tratamiento, sino que, conviven como un conjunto de obligaciones coetáneas, algunas acordadas expresamente y otras deducidas de los deberes generales de la *lex artis* y el principio integrador de la buena fe, siguiendo la interpretación general que se ha dado al art. 1546 del CC en la doctrina nacional[7].

El *quid* de esta diferenciación radica en que, siguiendo la interpretación mayoritaria[8] sobre el artículo 1547 inc. 3, se presumiría la culpa respecto de los casos de obligaciones de resultado, pues, la falta de diligencia quedaría demostrada por el mero incumplimiento de esta. La conclusión aparente sería que, en el contexto de las obligaciones de medios, sólo se puede configurar el deber de diligencia, y el demandante debería alegar su incumplimiento, por tanto, probarlo; no obstante, siguiendo la misma doctrina, incluso en estos casos sería innecesario probar la culpa, pues, al no distinguir el legislador, la presunción del art. 1547 inc. 3 sería aplicable a toda obligación[9].

De momento, obviaremos las críticas a la propia presunción general, para avocarnos a la doctrina que ha criticado esta interpretación. DOMÍNGUEZ HIDALGO, siguiendo a

[5] Para un estudio de su formulación original, véase DEMOGUE, René, 1923/1931; MAZEAUD, Henri, 1936.

[6] DOMÍNGUEZ, 2010, p. 21.

[7] LYON, 2017, pp. 39 a 44.

[8] ALESSANDRI, 1988..

[9] DOMÍNGUEZ HIDALGO, op. cit., pp. 22 y 23.

STITCHKIN[10] y a la interpretación consonante de la doctrina colombiana[11] ante el mismo texto, destaca que la presunción de culpa se puede contrarrestar mediante las normas del mandato. Su aplicabilidad radica en torno a la norma del artículo 2118 del CC., según la cual "…*los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios* (…) *se sujetan a las reglas del mandato*", lo que lleva a analizar la regla relativa a las obligaciones del mandante (el paciente), reguladas en el artículo 2158 del CC., de las que no se puede dispensar alegando la falta de éxito en la realización del servicio, salvo que le pruebe culpa[12]. Esto último sirve como argumento para invertir la carga de la prueba de la culpa, teniendo que ocuparse efectivamente el paciente o demandante de probarla, dispensándose al médico.

En la práctica judicial, la Corte Suprema ha tendido a inclinarse en favor del paciente, siguiendo simplemente la tesis mayoritaria que postula la presunción de culpa para todo tipo de obligación. En una sentencia de 2017, se considera que, en materia de obligaciones de medios, el incumplimiento radica en la existencia del daño culpable, no obstante, sostiene que la carga de la prueba recae específicamente en los demandados, quienes deben hacerse cargo de probar su propia diligencia[13]. A pesar de ello, ciertos fallos han comenzado a recoger la tesis de las obligaciones de medios, acompañados de una renovación de la doctrina respectiva[14].

Luego del estudio de la acción culposa, es necesario que exista un daño causado por esta, lo que implica dos cuestiones en abstracto, el daño y la relación de causalidad. Primero, el daño puede manifestarse en la forma de gastos emergentes, lucro cesante o daños morales; no existen demasiadas diferencias respecto a las normas generales en lo relativo a las características del daño, salvo en tres temas: la pérdida de una chance, el perjuicio de nacer[15] y el perjuicio de vivir, que son propios a esta materia, pero parcialmente excepcionales, y merecen ser analizados por separado, por lo que no ahondaré en ello.

A continuación, la relación de causalidad tiene un desarrollo casi anecdótico dentro de nuestra legislación, siendo totalmente inexistente en el ámbito médico. Para solucionar este problema, se recurre a teorías doctrinales que establecen criterios ontológicos o normativos para mediar entre el hecho y el daño, primordialmente derivados de la extensa

[10] STITCHKIN, 2008.

[11] TAMAYO, 2003.

[12] DOMÍNGUEZ HIDALGO, op. cit., pp. 22 y 23.

[13] SCS, Rol 4281-17, 2017.

[14] CÁRDENAS, 2008, p. 45.

[15] TAPIA, 2003, pp. 75-111.

tradición doctrinal alemana coronada por la teoría de la imputación objetiva, de raíz penalista[16]. No obstante, las conclusiones jurisprudenciales y doctrinales en Chile, a diferencia del ámbito comparado, se concentran en torno a un concepto subjetivo de la imputación, entendiéndose que, por mucho que existan relaciones objetivas de causalidad entre el hecho y el daño, la verdadera y necesaria conexión que se requiere para poder unir el daño a la acción del profesional, es la configuración de su culpa[17].

Para la configuración de esta culpa se ha recurrido a una serie de criterios especiales, entre ellos: el deber de información, la adecuada preparación del profesional (entre otras normas de *lex artis*) y el cumplimiento de reglamentos. Estos, como elementos subjetivos, deben ser determinantes para la producción del daño, y así poder considerarse presupuestos de la causalidad[18].

En lo relativo al deber de información, este resulta crucial para el ámbito contractual, por cuanto se entiende que el consentimiento del paciente debe haber sido antecedido por la consideración de todos los riesgos y variables de la intervención médica que se va a realizar, pudiendo así elegir en un contexto de autonomía de la voluntad. Simplificando los términos, quien decide en una situación de asimetría de la información, realmente no sabe sobre qué está decidiendo, y no puede oponerse a aquellos riesgos que, pudiendo conocerlos, rechazaría.

La Ley Nº20.584, que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en relación con Acciones vinculadas a su Atención de Salud[19] (en adelante, LDP, o Ley de Derechos del Paciente), ha establecido disposiciones expresas que regulan tanto este deber como la sujeción a reglamentos. Más adelante retomaremos el estudio de esta disposición, pues, establece normas especiales para el "prestador institucional", tomado en virtud de un concepto amplio (no necesariamente contractual), lo que nos interesaría para configurar un posible elemento de responsabilidad de la clínica.

Finalmente, he dejado espacio para el análisis del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad médica. Existe claridad, como he insinuado anteriormente, de que las vías contractuales son las que aportan mayor contenido a la obligación de reparación por el daño médico. Adicionalmente, ofrecen mayor facilidad probatoria para el demandante, contemplan plazos de prescripción mayores que los de la responsabilidad extracontractual y,

[16] BARCIA, 2010, p. 85 y ss.

[17] BARCIA, 2010, pp. 119-126.

[18]. BARROS BOURIE,.pág 685 y 686.

[19] Publicada en el D.O. el 24 de abril de 2016.

como factor decisivo, otorgan posibilidades indemnizatorias similares a las del régimen extracontractual, producto de la aceptación gradual del daño moral contractual por la Corte Suprema desde el año 1994[20].

No obstante, la búsqueda de la responsabilidad contractual médica no resulta una materia simple de definir. El propio contrato médico, crucial dirimente entre regímenes aplicables, es objeto de cuestionamientos en este espectro, al desconocerse su naturaleza.

PIZARRO WILSON, por ejemplo, considera que se trata de un contrato creado consensualmente entre el médico y el paciente, que da origen a obligaciones que se rigen supletoriamente por las normas del mandato y el arrendamiento de servicios[21]. Además, sería atípico, por cuanto, no se establece una norma que se identifique con todos los presupuestos y obligaciones propias del contrato médico; y sería un contrato complejo, caracterizado por constituirse de una sucesión de actos de diversa naturaleza, que se rigen por diversas normas y principios (como sería la buena fe contractual, la Ley de Derechos del Paciente, etcétera)[22].

La determinación de cuándo nos encontraríamos ante un contrato de este tipo puede llegar a ser bastante variable. Existen situaciones claras, como la consulta médica, en la que se ha pagado previamente y el médico, sin mediar mayores formalidades, sabe que su deber es el de diagnosticar en base a los síntomas que el paciente le debe expresar; también, el pago previo por una atención de urgencia, acompañada de la posterior intervención. El criterio respecto de las situaciones anteriores sería la aceptación tácita de ciertas obligaciones impuestas por la costumbre social y la *lex artis*, según la cual, se exigen cierto tipo de actuaciones estándar a toda atención médica, en atención a máximas científicas y convenciones éticas.

Existen otros casos más difíciles, en los que se desconoce si se forma o no el consentimiento necesario para la contratación, especialmente en aquellas situaciones en que el paciente no puede darse a entender claramente (por inconsciencia o agonía), las intervenciones médicas no consentidas directamente y aquellos casos en que se impone someterse a exámenes para la aplicación a ciertos trabajos. Este tipo de casos, en principio, podrían someterse al ámbito de la responsabilidad extracontractual, junto a lo referido a pacientes en tratamientos de urgencia y víctimas por rebote al daño del paciente (que son casos claros de esta rama).

[20] SCS, 1994, Revista de Derecho y Jurisprudencia.

[21] PIZARRO, 2017, 20-25.

[22] PIZARRO, 2017, pp. 20-25.

La tendencia principal conduce hacia la contractualización de las relaciones médicas, no obstante, se tiende a hablar del "decaimiento de las diferencias relevantes entre ambos estatutos"[23]. Por tanto, entenderemos que mayoritariamente se toma en cuenta una concepción contractual de las relaciones entre el médico y el paciente, ya sea por convenciones tácitas o por una serie de otros factores o indicios que apoyan el vínculo obligacional, dejando la responsabilidad extracontractual relegada a una serie de casos reducida, como sería la indemnización dentro del contexto de un juicio penal (de poca aplicación práctica).

En síntesis, estamos ante un régimen de responsabilidad relativamente parecido a la norma general (en materias contractuales o extracontractuales), pero que, producto de la naturaleza de las prestaciones y servicios que contempla, ha desarrollado ciertos caracteres especiales: 1) amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial, sujeto a un puñado de disposiciones legales y generales; 2) influencia de la noción de obligaciones de medios y resultados, mas, de una acogida jurisprudencial paulatina; 3) con un sistema de determinación de la causalidad basado primordialmente en la imputación subjetiva; 4) provisto de fórmulas de culpa e incumplimiento especiales de la rama, como el deber de información y las normas de *lex artis* propias de la disciplina científica y la ética profesional.

b) <u>Nueva legislación especial en materia médica.</u>

Como he anticipado, tenemos nuevas normas especiales sobre la materia de la medicina, pero, no tratan el problema de la responsabilidad de forma directa, como en su momento lo hizo la Ley General de Vivienda y Urbanismo en su respectivo campo, que catalogó directamente a los responsables por daños en la construcción y les asoció un estatuto de responsabilidad estricta y reglada[24]. En este ejemplo, se da clara solución a un ámbito de responsabilidad especial, lo que no es posible de ver en las leyes referidas al ámbito médico. Tratando de hacer referencia sólo a lo fundamental, por lo menos, cabe apuntar ciertas novedades.

En primer lugar, la Ley 19.966, que Establece Garantías Explícitas en Salud[25] (en adelante LGES), establece 2 cuestiones destacables. La primera consiste en un sistema de

[23] PIZARRO, 2017, pp. 12-19.

[24] Art. 18 y ss. del Decreto con Fuerza de Ley Nº 458, Aprueba Nueva Ley de Urbanismo y Construcciones, publicado en el D.O. el 13 de abril de 1976.

[25] Publicada en el D.O. el 3 de septiembre de 2004.

responsabilidad por "falta de servicio" para los hospitales o servicios públicos de salud, que, excluye al sistema privado, con excepción en los prestadores que omitan culposamente el cumplimiento de obligaciones de garantía específica (art. 42 inc. segundo LGES). Sin embargo, esto no trasciende a ninguna diferencia especial, pues, como explica TOCORNAL COOPER, el régimen de responsabilidad aplicable a ambos sistemas de salud resulta basarse en las mismas disposiciones supletorias del Código Civil, generando una distinción *quasi* espuria[26].

Por otro lado, la LGES establece un sistema de mediación obligatoria (art. 43 y ss. LGES), que rige tanto para prestadores institucionales públicos o privados. La intención de esta disposición era la de evitar la creciente judicialización de los conflictos por responsabilidad médica, obligando a seguir una fase administrativa previa como filtro de posibles acciones[27]; pese a esto, la mayor parte de las acciones resbala de este procedimiento, resultando muy fácil que se declare frustrado, y la tendencia contenciosa se mantiene sin mayores cambios[28].

En segundo lugar, la ya referida Ley de Derechos del Paciente o Ley 20.584, establece un interesante catálogo de derechos que viene a complementar el sistema de reglamentos institucionales con un cúmulo de disposiciones básicas, que puede tener utilidad para fijar las obligaciones aplicables a *cualquier prestador de acciones de salud, sea público o privado* (art. 1 inc. segundo LDP). Si bien nuestro tema evoca una prestación independizada de la institución, aquí se determinan obligaciones que no requieren expresamente de un contrato, y que pueden ser aplicadas a hechos cuya naturaleza está *vinculada a las atenciones de salud* (art. 1 inc. primero LDP).

Lo anterior puede llevar a obtener ciertas conclusiones de interés, por ejemplo, siguiendo a PIZARRO WILSON, la obligación de seguridad (recogida en el art. 4 LDP) entendida a rasgos generales, parece ser integrante de todo contrato -en materias relativas a la medicina- que implique cierto nivel de riesgos para la salud física o psicológica de uno de los contratantes[29]. Por tanto, no podría obviarse la implicación de la clínica ante dichos riesgos, pues, la seguridad puede predicarse de una infinidad de factores, muchos de ellos bajo su control, v.gr. la higiene del pabellón, la adecuada rotulación de los medicamentos, la vigilancia de los pacientes inconsciente, el buen estado de los arsenales médicos y su

[26] Pese a que destaca algunos matices, la autora sepulta la distinción en TOCORNAL, 2013: pp. 268 y ss.

[27] BARROS BOURIE, p. 694.

[28] PIZARRO WILSON, 2017, pp. 174 y 175.

[29] PIZARRO WILSON, 2017, pp. 27.

inventario riguroso.

Todos estos detalles no parecen ser de exclusiva responsabilidad del médico al mando de una intervención, sino que puede reconducirse como una de aquellas obligaciones que por la buena fe pertenecen también a la clínica[30]. Para mayor claridad, léase a contrario: parece poco lógico, en consideración a la buena fe, que la clínica se niegue a vigilar a los pacientes, a inventariar los arsenales y a verificar la limpieza y sanidad del procedimiento operatorio, resguardándose en la existencia de un contrato limitado con el paciente. La gran duda es si se puede o no considerar como una obligación puramente contractual o no, lo que podremos analizar más adelante en torno a las distintas fuentes de imputación de la responsabilidad.

Respecto del derecho a la información (recogido en los artículos 8vo y ss. LDP), puede predicarse algo similar. Por ejemplo, es el médico tratante quien tiene la capacidad y los conocimiento idóneos para presentar al paciente la información requerida por la ley en el artículo 10 de la LDP, a saber, su estado de salud, alternativas de tratamiento, riesgos y pronósticos, procedimientos postoperatorios, etcétera. No obstante, si la clínica advierte un déficit en la entrega de estos datos al paciente (no recogido en las excepciones establecidas en el propio artículo), no puede hacer caso omiso de la situación, y sería esperable que busque al médico responsable para que entregue o localice los datos, o que ella misma lo haga. Es necesario precisar que este derecho no contempla a un obligado específico, lo que nos remite a la calificación amplia de deudores u obligados del artículo primero de la LDP.

Finalmente, se hace necesaria una alusión a la Ley 19.496, que Establece la Protección de los Derechos de los Consumidores[31], cuyo ámbito de aplicación reglado trata en específico las materias médicas en el artículo 2 letra f). La norma se refiere a aquellos servicios realizados "con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud", pero con exclusión expresa de la prestación médica, su calidad, financiamiento, acreditación y certificación.

La disposición en comento pareciera derrumbar cualquier posibilidad de buscar la responsabilidad de las clínicas por la vía del Derecho del Consumidor, no obstante, MOMBERG URIBE destaca algunos fallos de la Corte Suprema en los que la exclusión legal no es acatada directamente, sino que se ha acogido la aplicación del régimen por medio de los derechos concretos del consumidor, por ejemplo, el derecho a la seguridad en el consumo de bienes y servicios (art. 3 letra d) LPC), o el derecho del consumidor a una información

[30] BOETSCH GILLET, Cristián, 2011, p. 27.

[31] Publicada en el D.O. el 17 de marzo de 1997.

veraz y oportuna (art. 3 letra b) LPC)[32].

Siguiendo al autor citado, dichas tesis serían contradictorias desde el punto de vista de la redacción actual de la norma[33], por tanto, debería descartarse esta vía para lograr la reparación de los daños producidos en la propia prestación médica, quedando sólo disponible para ser reclamadas las cuestiones accesorias a esta: hotelería, alimentación, infraestructura, arsenales médicos, maquinaria, etcétera[34]. Como he anunciado, son estas las materias comprendidas en el contrato propio de la clínica que ha escindido de la prestación médica propiamente tal, aislándose hacia el ámbito de responsabilidad reducido que aporta esta ley.

II. Evolución de la responsabilidad médica institucional

a) Responsabilidad institucional: contractualización, hechos propios y hechos ajenos

Originalmente, el supuesto fáctico generador de responsabilidades institucionales suele ser aquel en que un paciente contrata con una clínica, determinándose que esta dispondrá de sus dependientes y de ciertos medios materiales para el cumplimiento de la prestación convenida, mientras que el paciente debe pagarle por dicho servicio. En tal sentido, la clínica tendría que responder por la obligación de prestación médica que se trate, que, en general se tratará de una obligación de medios, ligada a las obligaciones originadas en la LDP y las obligaciones anexas a la prestación que hemos referido[35]. Estas prestaciones anexas, han sido clasificadas en dos secciones por parte de la jurisprudencia y doctrina española: 1) *servicios extramédicos* (los ya referidos a hotelería, infraestructura, alimentos, etcétera); y 2) servicios paramédicos (relativos a acciones hechas por orden del médico tratante o de la ley, a saber, administración de medicamentos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente)[36].

En relación a esto, como hemos anunciado[37], la determinación de la responsabilidad contractual ha sido la alternativa preferida, dada su conveniencia probatoria, mas no es del todo simple de construir, por tratarse de un sistema de contratación consensual. Ante esta

[32] SCS Rol nº 3667-2007 y Rol nº 8905-2011, cit. por MOMBERG, pp. 75 y 76.

[33] MOMBERG , p. 76.

[34] MOMBERG, p. 4.

[35] Esto puede verse de forma similar en otros países, *vid.* LÓPEZ MESA, Marcelo, 2007, p. 76.

[36] DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, 1993, p. 5 y ss.

[37] DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, 1993, p. 9.

situación, la doctrina ha desarrollado una serie de teorías que permiten configurar al contrato en esta área y dotarlo de contenido, que revisaremos someramente a continuación[38].

La primera de ellas es la llamada *teoría de la obligación de seguridad*, ciertamente muy anterior a la existencia de la LDP[39]. En esta sede, se propone una extensión del contenido del contrato de prestación médica celebrado con la clínica, configurándose una nueva obligación independiente de esta, cuyo contenido es la seguridad del contratante que corre mayor riesgo: el paciente. Este riesgo tiene que ver con el tipo de conductas que despliegan los agentes de la clínica respecto de su persona, esto es, la intervención de elementos o sustancias extrañas en su cuerpo (entiéndase, la sensibilidad de su integridad física), cuyos efectos tienen la potencialidad de ser tanto curativos como nocivos, según su buen o mal uso, respectivamente.

Quienes siguen esta línea doctrinal, esgrimen el efecto de la buena fe contractual del artículo 1546 como factor de atribución de obligaciones, que, por la naturaleza o la costumbre vienen a integrar el vínculo contractual de la medicina. En tal sentido, resulta patente que el médico no solo se obliga a generar una mejoría específica en la dolencia que debe tratar, sino que debe valerse de todo su *poder y discernimiento en beneficio de los enfermos*, procurando a toda costa apartarles *del perjuicio y del terror*, obrando *alejado de la culpa*[40]. Por ello, podemos decir que la costumbre y el sentido común obligan, como canon mínimo, tanto al médico como a la institución que le gobierna a mantener la seguridad con su acreedor, quedando sellada dicha obligación en el referido art. 4 de la LDP[41]. Esto habilitaría un adecuado medio de determinación del contenido del contrato ante la negligencia del dependiente.

Luego, está la teoría de la *estipulación en favor de un tercero*, con un origen similar a la anterior. No obstante, esta teoría ha sido utilizada en sentido inverso, para contractualizar la responsabilidad del médico, como agente directo en la creación del daño. Esto se produce sobre la base de un contrato estipulado con la clínica, según el cual, el médico sería promitente de otorgar diligentemente la prestación médica y las otras obligaciones ligadas al paciente, quien sería el beneficiario dentro de esta estructura contractual[42]. Siguiendo al

[38] Sobre los mecanismos de contractualización de la responsabilidad médica institucional, *víd*. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1997, pp. 16 y ss.

[39] ALESSANDRI, 1943, p. 19.

[40] *Juramento Hipocrático*, 2018.

[41] *Juramento Hipocrático*, 2018, p. 11.

[42] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, 1943, p. 77.

mismo artículo 1449 del CC., los autores han señalado que basta con la mera aceptación tácita del profesional para configurar el contrato, esto es, realizar actuaciones propias de su ciencia en el respectivo tratamiento[43]. Con este medio, se permite prever y amparar a la víctima cuando carece de todo vínculo contractual expreso con el médico tratante, y sólo ha celebrado un contrato con la clínica[44].

Más adelante, podemos encontrar la *doctrina del simple apoderamiento o representación*, según la cual, se otorgan facultades de forma tácita al médico o a la clínica para que represente al paciente en la contratación de los servicios anexos que sean necesarios, así como las prestaciones médicas necesarias con otros médicos con los cuales el paciente no ha contratado[45]. De esta manera, se realiza la ficción jurídica propuesta por el artículo 1448 del CC., la cual establecería que por haber contratado con su médico o clínica (representante tácito) han contratado con el propio paciente, configurándose el vínculo jurídico necesario para configurar la responsabilidad contractual.

Finalmente, está la *teoría del cuasicontrato de agencia oficiosa*, según la cual, la institución médica asumiría la gestión de los negocios del paciente, de una forma ligeramente parecida a la del supuesto anterior, mas, sin mediar necesariamente el consentimiento de este último, según lo que se desprende de los artículos 2284 y 2286 del CC[46]. En tal sentido, igualmente sería posible configurar una responsabilidad contractual, ya sea con el agente directo del daño, como con la persona que ocupe el papel de agente oficioso, mediando culpa en su administración de los negocios respectivos.

Es preciso aclarar que estas teorías pueden usarse conjuntamente, y, personalmente, considero legítimo que el demandante pueda valerse de todas ellas para imputar la debida responsabilidad a todos los partícipes directos o indirectos en el daño que ha sufrido, al tratarse de la parte más débil en los vaivenes de esta compleja serie de relaciones y prestaciones. De no ser posible la configuración de estas figuras, probablemente estemos ante alguno de los casos excepcionales en que se aplica la responsabilidad extracontractual[47], o probablemente estemos ante el supuesto controvertido que analizaremos en los apartados siguientes.

Una vez establecido el vínculo contractual necesario, la responsabilidad de la

[43] ZELAYA ETCHEGARAY, p. 21.

[44] ZELAYA ETCHEGARAY, p. 21.

[45] ZELAYA ETCHEGARAY, p. 22.

[46] ZELAYA ETCHEGARAY, p. 22.

[47] ZELAYA ETCHEGARAY, p. 22.

institución médica puede proceder por su hecho propio o por hecho ajeno. En una primera sede, la responsabilidad por el hecho propio se configurará cuando el daño sea producido directamente por la clínica, o cuando la ley establezca que la clínica es responsable directa, pese a que la causalidad del daño vaya ligada a un agente distinto de los propios representantes de esta institución. En el primer caso se trata de un hecho propio como tal, habiendo incumplido la clínica uno de sus deberes contractuales, por haber dispuesto de forma deficiente su organización ante la necesidad del paciente[48]; por ejemplo, en lo relativo a la ausencia de profesionales especialistas durante un turno, que deriva en el fallecimiento de una persona por el desarrollo de una enfermedad en el post-operatorio, por no haber médicos presentes que la detectaran. Esto se puede conjugar con la responsabilidad personal del profesional, quien, al no percatarse de la ausencia de cuidadores calificados para las probables complicaciones propias del post-operatorio y a la anestesia, contribuye al riesgo creado por la víctima.

En el segundo caso, se trataría de una responsabilidad por el hecho ajeno a la que la ley asocia obligatoriamente un sistema de responsabilidad directa por el hecho propio. Esto tiene fundamento en lo dispuesto en el art. 1679 del CC, y la interpretación que tradicionalmente se ha dado a este precepto, en consonancia con otras disposiciones del Código, según las cuales, aquella persona culpable que concurre como auxiliar en el cumplimiento de la obligación se puede considerar dentro del grupo de agentes que conviven bajo la responsabilidad del deudor[49].

Finalmente, la responsabilidad por el hecho ajeno propiamente tal es aquella que imputa la obligación reparatoria a la persona que tiene una relación de autoridad o cuidado respecto del autor directo del daño, por la existencia de presunciones legales de culpa[50]. Estas presunciones se encuentran contenidas en los artículos 2320 inc. final y en el art. 2322 del CC, y configuran lo que en la doctrina se ha venido llamando como *culpa in eligendo vel vigilando*[51]. Esta teoría tiene utilidad en aquellos casos en que se hace difícil o imposible establecer una relación contractual entre el paciente y la clínica, mas, es posible establecer la relación de esta con el médico, permitiéndonos exigir su responsabilidad mediante la vía extracontractual.

Esta teoría, plantea que se aplica una responsabilidad directa al empresario, autónoma

[48] BARROS BOURIE, 2017, p. 694.

[49] BARROS, p. 678, cit. por VÍO VARGAS, pp. 15 y 16.

[50] BARROS, p. 167, 172 y 173, cit. por VÍO VARGAS, pp. 15 y 16.

[51] ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1995, p. 112.

de la responsabilidad de su dependiente, habilitándole a probar la ausencia de culpa para desvirtuar la presunción, basada en el hecho de no haber custodiado eficientemente el trabajo de aquellos funcionarios que ha seleccionado, controlado y dirigido[52]. La diferencia fundamental que tiene esta posición con la segunda hipótesis de la responsabilidad por el hecho propio, es que en este caso no se trata de la causación del daño por la propia clínica a través de su dependiente, sino que se presume la culpa de esta por no ejercer la autoridad y cuidado de la forma prescrita por la ley, según el art. 2320 inc. final; no obstante, la causalidad del daño se mantiene en forma autónoma en el dependiente.

Las críticas que ha recibido esta teoría, si bien son sumamente elocuentes[53], nos dejan ante dos posibilidades doctrinarias un tanto más complejas: la formulación de un régimen de *responsabilidad vicaria o estricta*, y la propuesta de la *responsabilidad por culpa empresarial*. Ambas son eminentemente extracontractuales, pero no tienen un soporte positivo directo en nuestra legislación, por tanto, en términos formales, primaría la teoría inicialmente explicada[54]. Ahora, bien, existe cierto uso jurisprudencial de estas teorías, pero su análisis nos resultará mucho más provechoso frente a la situación actual de contratación institucional.

b) <u>La jugada de las clínicas: separación contractual y jurisprudencia.</u>

Como hemos señalado desde el inicio, las clínicas han buscado derrumbar todo el modelo anteriormente dispuesto. En extrema síntesis, el modelo tradicional se basaba en la existencia de 3 vínculos o contratos básicos: 1) el contrato entre el médico y el paciente (en adelante, *contrato* α), de prestación de servicios médicos; 2) el contrato entre la clínica y el paciente (en adelante, *contrato* β), que variaba entre la prestación de los propios servicios médicos y las prestaciones anexas de alimentación, hotelería e insumos varios; y 3) el contrato entre la clínica y el médico (en adelante, *contrato* γ), que habitualmente tenía la naturaleza de un contrato de trabajo, que contemplaba el vínculo de dependencia existente entre ambos.

Los mecanismos de contractualización que hemos referido, apuntaban primordialmente al establecimiento jurisprudencial del *contrato* α y del *contrato* β, que eran

[52] ZELAYA ETCHEGARAY, 1995., p. 112.

[53] TOCORNAL COOPER, 2013, pp. 85 y ss.

[54] VÍO VARGAS, pp. 27 y 30.

aquellos más importantes para que la víctima pudiera exigir la responsabilidad del médico o de la clínica, respectivamente. La existencia del *contrato* γ, suscrito entre ambos demandados, tenía una utilidad gravitante para poder desarrollar alguna de las teorías que hemos referido, pues, era prueba inefable del vínculo de dependencia del causante directo del daño con la institución.

Ahora bien, el panorama actual apunta a la modificación del contenido de estos contratos. En primer lugar, el *contrato* α, el menos cambiado entre los anteriores, ha pasado a tener un rol protagónico en la relación, pues, la obligación de prestación médica se ha radicado de forma total en el profesional, y el paciente, *prima facie*, sólo podría alegar su incumplimiento y el de sus obligaciones derivadas por naturaleza, ley o costumbre, ante el médico deudor. En segundo lugar, el *contrato* β se ha visto reducido importantemente en su contenido, quitando todo elemento relativo al cumplimiento de la prestación médica, y obligando a la clínica con el paciente sólo al cumplimiento de los servicios anexos a la prestación médica, como mucho, pues, en muchos casos se negaba la existencia de dichas obligaciones respecto del paciente.

En tercer lugar, se ha sustituido el contenido del *contrato* γ por una mera autorización que hace la clínica al médico para utilizar sus instalaciones, conviniendo una serie de prestaciones mutuas que se harán en el contexto de un eventual tratamiento a un tercero. En este contrato, la clínica se obligaría a la provisión de insumos, de un cierto *staff* de profesionales para operar y de un mecanismo de gestión adecuado para recibir los pagos del paciente, dirigidos al médico; por su parte, el médico se compromete a ceder a la clínica un porcentaje de los pagos recibidos, o de contribuir económicamente por este sistema de gestión de pagos[55].

Esta nueva relación, excluye la *quasi* obvia dependencia que podíamos contemplar anteriormente, por tanto, resulta implausible señalar que la clínica actúa directamente por medio de uno de sus dependientes, al estilo del artículo 1679, o, que exista un deber de cuidado de la institución sobre el médico basada en una jefatura o autoridad, siguiendo la línea de los artículos 2320 o 2322. Esto implica un cambio radical en la situación previa, pues, la relación originada por el *contrato* γ pasa a tener el carácter de un contrato preparatorio[56], cuyo cumplimiento eventual es sólo respecto de los requerimientos del

[55] Un buen ejemplo de este sistema puede verse en la Sentencia del 25º Juzgado de Letras de Santiago, del 16.04.2018, RIT C-7998-2014, considerando 38º, en la cual la clínica se escudaba en el solo hecho de recibir y luego redirigir al médico los pagos que los pacientes le asignaban, sin formar parte en la relación con el paciente.

[56] Siguiendo a modo ejemplar el modelo expuesto por LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, 1986, pp. 119 y ss.

médico como acreedor, y no se compromete de ninguna manera con el paciente específico del que se trate. Además, les disocia como una misma organización, lo que hace difícil creer que la clínica se involucrará personalmente en el cumplimiento de las obligaciones del médico, pues, solo ofrece un servicio accesorio.

En definitiva, los daños causados por el médico, quedarían sólo radicados en la responsabilidad contractual del mismo, dejándose a la clínica en un ámbito teórico de irresponsabilidad, a su respecto. Es preciso destacar la acogida de estas tesis en nuestra jurisprudencia, teniendo a la vista los argumentos que se han esgrimido para sostenerla.

La irresponsabilidad, como *ratio decidendi*, no ha sido utilizada de forma consistente por los tribunales, pues, las causas suelen desviarse hacia otros aspectos que requieren de un análisis dogmático menos exigente[57]. Más bien, se puede decir que nuestra jurisprudencia ha esbozado cierta prosa fragmentada en favor de la irresponsabilidad, en casos tasados.

En una primera aproximación, la Corte Suprema ha determinado que, sin contrato ni vínculo jurídico entre la clínica y los doctores involucrados, no sólo se descartaría cualquier vínculo contractual, sino que se descartaría desde un inicio que la clínica en cuestión hubiera tenido la posibilidad fáctica de controlar o fiscalizar a los doctores autorizados[58]. Resulta poco plausible para la Corte que la clínica hubiera podido evitar este tipo de conducta imprevisible, pues, los médicos independientes fueron llamados por el médico tratante para intervenir en una operación sin aviso, causándose los daños; por esto, se puede hablar de una concepción restringida de los deberes de cuidado de la clínica[59].

Esta tesis no es novedosa, pues, en la doctrina anglosajona existe cierto enfoque práctico que asume una dificultad razonable en las posibilidades de control de la clínica y de sus representantes sobre todo acto de los médicos dentro de sus dependencias, más aún si se trata de médicos no dependientes[60]. Así, se esquiva el elemento abstracto del control.

Luego, la Corte Suprema ha confirmado un fallo en el cual se absolvía a una clínica en el contexto de una operación de circuncisión a un niño sano, pues, habiendo un *contrato* α que permitía imputar la responsabilidad al médico, no existió acción alguna de la clínica que le hiciera tener que responder por los daños causados por la operación y manifestados en el post operatorio[61]. Cabe destacar que en este caso se impide toda formulación de

[57] SCS, .2015, rol 6982-2015, cit. por VÍO VARGAS, op. cit., pp. 37 y ss..

[58] SCS, .2006, 5090-2004., p. 45 y 46.

[59] VÍO VARGAS, pp. 45 y 46.

[60] JANULIS, Diane M., HORNSTEIN, Alan D., 1985, p. 717.

[61] SCA de Santiago,.2006, rol 7700-2003, cit. por VÍO VARGAS, op. cit., p. 13.

responsabilidad de la clínica por el hecho ajeno (*in eligendo vel vigilando*), al no considerarse al médico como dependiente de la clínica. Tampoco se reconoce la existencia de ningún deber de cuidado, pues, la clínica sólo es solicitada por el médico para realizar aseo. Más bien, el fallo casi sólo se limita a reproducir los artículos 2320 y 2322 del CC.

En otro fallo, la Corte Suprema absuelve a la clínica, en el contexto en que un psiquiatra realizó un diagnóstico errado de Síndrome de Pick (con ciertas similitudes con la enfermedad de Alzheimer), que ocasionó un cese importante en la administración de medicamentos, cuando lo correcto hubiera sido aumentar la medicación a la paciente, evitando las consecuencias psíquicas y físicas que le produjo su verdadero trastorno, la bipolaridad[62]. En tal caso, el médico pertenecía al *staff* permanente de la clínica, mas, esta no tuvo relación con el diagnóstico, pues, sólo era la dueña del *box* u oficina que el médico había arrendado para las consultas.

La responsabilidad contractual con el médico, nuevamente, quedó establecida sin problemas, mucho más ante el hecho de que este no manejaba adecuadamente los conocimientos para realizar dicho diagnóstico. No obstante, se estableció por la Corte que no existe una relación de cuidado o autoridad sobre el autor directo del daño, desechando también la posibilidad de aplicar una responsabilidad por el hecho ajeno. El argumento que se esboza por la Corte consiste en que, si bien el diagnóstico se realizó dentro de las dependencias de la Clínica, el profesional lo efectuó de forma privada e independiente con el paciente, sin valerse de ningún medio o servicio de la institución, más que la oficina en la que se realizaron las consultas[63].

La ventaja de este fallo es que permite establecer un límite previo a posibles pretensiones de responsabilidad estricta hacia la clínica, en vista a que no basta con el mero uso de las instalaciones de la clínica para configurar un posible deber de cuidado o dependencia. Más bien, lo que se estaría requiriendo es una relación causal entre los medios aportados por la clínica, su omisión de deber, o su relación con el médico, y el daño causado al paciente, lo que serviría como requisito básico de cualquier imputación a la clínica por su hecho propio o por el de su dependiente[64].

En suma, el mecanismo contractual desplegado por las clínicas sí ha tenido una cierta

[62] SCS, 2014, rol 5883-2012, p. 18, 47 y ss.

[63] SCS, 2014, rol 5883-2012, p. 18, 47 y ss.

[64] En este sentido, me valgo de ciertas consideraciones que la doctrina norteamericana precisa para la teoría del deber indelegable, que asoman como extensibles a otras fórmulas de responsabilidad, al respecto MCWILLIAMS, Martin C., RUSSELL, Hamilton E., 1996, p. 464.

acogida jurisprudencial, siempre que se limite lo más posible la incidencia de la clínica en la causalidad del daño. Además, resultará conveniente si la responsabilidad alegada es contractual o del tipo *in eligendo vel vigilando*, para los cuales resulta un cortafuego muy efectivo.

III. Soluciones doctrinales y aproximaciones jurisprudenciales

a) Posibilidades contractuales y teoría del mandato ostensible

Pese a lo señalado, no todo está perdido. Si bien, podemos constatar que en la mayoría de los casos se entenderá que el *contrato* β no tiene el contenido suficiente como para crear una responsabilidad contractual por incumplimiento de la clínica ante el paciente, al no estar obligada *ex ante* a la prestación médica como tal, si podemos elaborar algunas consideraciones de utilidad, que atenúan el efecto exonerante antes visto.

Primero, es menester descartar que el *contrato* β se pueda interpretar libremente a la luz del art. 1546, pues, este artículo permite extender el contenido del contrato hacia comarcas consuetudinarias y de la naturaleza contractual, siempre que estas sean adecuadamente probadas por el demandante. Esto puede parecer de inmediato desilusionante, pero veremos que, muy por el contrario, puede ser la llave para los nuevos métodos de imputación que veremos, con especial énfasis en el ámbito de la responsabilidad empresarial.

Por otra parte, una de las teorías más aceptables frente al problema, es dejar de lado el *contrato* β, para enfocarse en la interpretación del contenido del *contrato* γ. Esto implica considerar que, frente al paciente en cuestión, el médico se podría encontrar en una relación de dependencia respecto a la clínica, como la requerida por el art. 2320 inc. 4 del CC. Esta ha sido llamada la *teoría del mandato ostensible* o *agencia aparente*, originaria de la doctrina anglosajona del siglo pasado.

El argumento principal de esta doctrina implica que existió una confianza legítima por parte del paciente en torno al rol directivo, de soporte y supervigilancia que existe entre la clínica y el médico, ya sea porque, frente a las circunstancias, la institución no ha dejado en claro que dicha relación no es tal (mandato ostensible), o porque ha formado la creencia del paciente en torno a dicha posibilidad, producto de sus anuncios públicos (teoría del *estoppel*)[65]. Las implicancias de esto tienen relación directa con la posibilidad de que se

[65] JANULIS, 1985, pp. 697-702, 718; TOCORNAL COOPER, pp. 80-81.

interprete el *contrato* γ como un vínculo de dependencia entre la clínica y el médico, y no por su contenido intrínseco, sino que por el hecho de no haberse aclarado al paciente el mismo y sus limitaciones.

Esto se explica de acuerdo al propio artículo 1546 del CC. La naturaleza de un contrato entre una clínica y un médico, como hemos explicado, ya no puede decirse que sea la de un contrato que contenga la dependencia, mas, les hace partícipes de una misma esfera en la que los deberes normativos les son mutuos. Uno de estos deberes, como hemos apuntado, es el deber de información contenido en los arts. 8 y ss. de la LDP; en tal sentido, es de la naturaleza de estos contratos que, produciéndose los contratos definitivos[66] (antecedido por el *contrato* γ de naturaleza preparatoria), tanto el médico como la clínica se hagan cargo de que el derecho a la información del paciente se vea satisfecho, especialmente en lo referido a las responsabilidades y deberes que el paciente puede exigir a cada uno de ellos. Es innegable que el paciente o su familia puedan confundir las cosas y realizar juicios inexactos, producto del dolor, el temor y la urgencia, debido a esto, la ley integra este deber[67] al contenido de un contrato tan delicado como cualquiera del área médica, desde lo más básico hasta lo más sensible.

Por lo demás, queda apuntar que el deber le es totalmente oponible a la clínica en este contexto, por cuanto el inciso segundo del art. 1 de la LDP atribuye los deberes contenidos en el cuerpo legal a cualquier trabajador o profesional, sin distinción de la *causa* por la que deban atender al público o *vincularse* con la prestación de salud. Estos profesionales o trabajadores, perfectamente pueden ser los dependientes directos de la clínica, mas, nada obsta a que se pueda interpretar que la clínica misma tiene este deber, por *causa* del *contrato* γ.

Así, si bien queda descartada la posibilidad de configurar el *contrato* γ como un contrato de dependencia como tal, se puede considerar que existe un deber de la clínica de aclarar que su contrato con el médico no se sujeta a dependencia o supervigilancia alguna, para que el paciente pueda tomar sus propias decisiones desde ese punto. Por otro lado, al incumplirse ese deber, podría entenderse judicialmente que el *contrato* γ, pese a su extraña configuración preparatoria, funciona como mecanismo suficiente para que se deduzca una suerte de dependencia *sui generis* entre el médico y la clínica, basada en el cumplimiento de reglamentos internos, unida al vínculo causal entre el daño y la pérdida de oportunidad que

[66]Los ya mencionados, *contrato* ⟨ y *contrato* ®.

[67] LYON PUELMA, 2017, p. 73.

tuvo el paciente para requerir por sus propios medios a otro profesional para que le socorriera.

En este sentido, siguiendo a TOCORNAL COOPER, es la propia publicidad de las clínicas la que hace suponer al público en general que adoptará un comportamiento directivo y diligente respecto de las prestaciones que se dan en sus dependencias, por cuanto, resulta natural pensar que, si nada se dice, son propios de dichas instituciones los efectos relacionados a la creación de falsas expectativas en torno a la atención que se ofrece en sus instalaciones[68]. Por tanto, aunque el médico no sea remunerado por la clínica, en principio se puede entender que este se ha comprometido a trabajar para satisfacer el estándar de salud que en dicho lugar se ofrece, por tanto, sería un cierto vínculo básico según el cual la clínica acredita al médico para utilizar sus instalaciones, mas, retiene el derecho de exigirle al profesional de que se desempeñe con la debida diligencia y en cumplimiento de los reglamentos internos.

Por tanto, resulta más que posible que la jurisprudencia considere que la clínica es responsable sobre el actuar del médico independiente, sobre la base de una interpretación amplia del *contrato* γ, entendiendo que este contiene más deberes entre el médico y la clínica que los aparentes, como veremos más adelante en los distintos supuestos de responsabilidad[69].

b) <u>Responsabilidad vicaria estricta y teoría del deber indelegable</u>

La teoría de la responsabilidad vicaria o *respondeat superior*, ha sido propuesta como un sistema de responsabilidad estricta por el hecho ajeno, esto es, de atribución de la culpa al empresario por una presunción *iuris et de iure*[70]. Esto implica, según cierta interpretación de la doctrina, que una vez configurada la culpa del dependiente de la clínica, esta debe responder por el daño creado causalmente por este, sin posibilidad de escudarse en la ausencia de culpa del establecimiento, como se podía hacer en sede de responsabilidad *in eligendo vel vigilando*[71].

Los fundamentos de este estatuto de responsabilidad, desde siempre en discusión, tienen soporte en una interpretación extensiva del art. 2320 inciso final y 2322 del CC., amparándose en una concepción amplia de la dependencia, que sólo requiere de un vínculo

[68] TOCORNAL COOPER, pp. 80-83.

[69] SCS, 2014, rol Nº 5817-2013.

[70] ZELAYA, 1997, pp. 37 y 38.

[71] ZELAYA, 1997, pág. 38.

de vigilancia y acreditación para trabajar dentro de las instalaciones, según el cual, el profesional tendrá ante la clínica el deber de ajustarse a la ley y a los reglamentos internos. Así, en base a lo previsto en el apartado anterior, existiría un deber de seguridad de la clínica originado en el *contrato* γ, que le imputa la responsabilidad estricta por los actos del profesional acreditado.

No obstante, según la doctrina tradicional de nuestro país, esta configuración normativa sería insuficiente como para hablar de una responsabilidad vicaria estricta propiamente tal, pues, incluso aceptándose la existencia de un vínculo de dependencia como el postulado, el requisito básico de este régimen no se cumple: no está consagrada expresamente[72]. De tal forma, teniendo a la vista que el régimen general y supletorio aplicable a la responsabilidad es el de la culpa y no el de la responsabilidad estricta[73], se ha señalado por la doctrina que es necesaria una norma que califique el esquema de riesgo causado al que se asocia la imputación de responsabilidad. En otros términos, no habiendo norma específica, la teoría sería inviable, pues, el riesgo asociado al daño en cuestión no consta como parte del antecedente de la norma[74].

Pese a la lacónica postura anterior, se ha formulado por la doctrina estadounidense[75] una teoría capaz de sortear el problema de la carencia de norma expresa, que ha tenido cierta recepción en el ámbito nacional[76]. Esta es la teoría del *deber indelegable*, que toma en cuenta los deberes legales que tiene la clínica a todo evento, desde el punto de vista de los estándares básicos que esta debe mantener en su esfera de dominio, aunque la actuación dañosa sea realizada por un profesional independiente.

En este sentido, la clínica no puede negarse al cumplimiento de sus deberes propios, cuando estos provienen del ámbito de riesgo previsto por la LDP. Por tanto, se podría entender que, por su aquiescencia frente a la negligencia del médico particular, la ley le asocia a la clínica un deber reparatorio basado en el esquema de riesgo de la LDP, que, al incumplirse y delegarse ineficazmente a través del *contrato* γ, ha permitido que se cree un daño causado por el dependiente en sentido amplio. De tal forma, quien dice y prueba que el médico ha causado un daño negligente, dice también que este se debe al incumplimiento de deberes legales de la clínica, entre los cuales se encuentra el de ser el amo y vigilante del

[72] BARROS, pp. 475 y ss.

[73] BARROS, p. 466.

[74] DEUTSCH, Edwin, AHRENS, Hans-Jürgen, 2002, pp. 475 y ss.

[75]. MCWILLIAMS, 1996, pp. 452 y ss.

[76] ZELAYA, 1997, p. 35.

recto cumplimiento de la ley en su propio establecimiento, siguiendo la redacción del artículo 2322 del CC.

La razón subyacente a tal imputación parece desprenderse, aunque esto no se confiese jurisprudencialmente, de una teoría de culpa objetiva por la apreciación *prima facie* del resultado, o por el concepto de *res ipsa loquitur*. Ambos conceptos oscilan en torno a una evidencia o notoriedad de la causalidad, por cuanto, entienden como probado que dicha causalidad existe si el daño se produjo en el ámbito de control del demandado, y si, además, se trata de un hecho poco habitual[77], que, presumiblemente se habría evitado por el diligente cumplimiento de la ley en dicho espacio, obligación principal del administrador del lugar[78].

Pese a lo intrincado de este conjunto de teorías, es posible configurar una propuesta medianamente razonable de responsabilidad vicaria estricta, que ha supuesto cierta insinuación jurisprudencial como herramienta para configurar la responsabilidad por el hecho ajeno. No obstante, tampoco existe un uso consistente de esta teoría como *ratio decidendi* por parte de la jurisprudencia, por mucho que se tenga a la vista la mayoría de los casos.

Por ejemplo, como señala VÍO VARGAS, la Corte Suprema esboza cierta inclinación hacia la vicariedad estricta, valiéndose de argumentos tales como la confianza legítima del paciente, el dominio sobre el lugar en que se produjo el daño y la creación de obligaciones propias por dicha situación, aparentemente indelegables, sustentadas en el riesgo intrínseco comprendido en la actividad que realiza junto al médico independiente[79]. Con todo, este no es el argumento principal utilizado para fallar la causa, sino el que veremos en el siguiente apartado[80].

La misma situación puede constatarse en un reciente fallo, referido a un procedimiento dirigido a frenar una reacción alérgica, que, por la confusión de las vías de administración del medicamento necesario, produjo un proceso de infarto a la paciente, para luego darla de alta en el mismo estado[81]. Aunque en este fallo se establece una responsabilidad de tipo contractual, la argumentación utilizada tiene base, inicialmente, en la teoría de la responsabilidad vicaria, cuando se establece que es por la propia calidad como institución de salud que se debe ofrecer cierto estándar de cumplimiento de sus deberes, para

[77] TOCORNAL, pp. 62 y 63.

[78] Para la revisión de otras teorías de la causalidad sanitaria, TOCORNAL, p. 148.

[79] SCS, .2014, rol 5817-2013, pp. 326 y 327.

[80] SCS, .2014, rol 5817-2013, pp. 326 y 327.

[81] Sentencia 21º Juzgado Civil de Santiago, 2018, Rol C-5239-2013.

prestar un adecuado servicio al público, reflejado en el adecuado control a sus dependientes[82]; mas, la solución que adopta sigue nuevamente por el camino que veremos a continuación.

En conclusión, la teoría de la responsabilidad vicaria estricta no tiene ni ha tenido un respaldo jurisprudencial sostenido, pese a aparecer como *ratio decidendi* de algunos casos antiguos[83] y de tener el apoyo de algún sector de la doctrina[84]. Por estas razones, y por lo anteriormente discutido, no parece que la responsabilidad por el hecho ajeno sea la vía idónea para buscar la responsabilidad de la clínica.

c) <u>Teoría de la culpa en la organización y el riesgo en la empresa</u>

Finalmente, cabe introducir la teoría de mayor aceptación doctrinal y jurisprudencial por medio de algunos cuestionamientos. Hemos hablado de deberes propios de la clínica, a los cuales esta no puede simplemente renunciar, no obstante, lo hemos aprovechado como un insumo para postular una responsabilidad por el hecho del médico. Antes, incluso hablamos por un momento del mandato ostensible o aparente, según el cual, en términos teóricos se podría tratar de hablar de una actuación propia de la clínica, mas, el destino inicial ha sido el de construir una responsabilidad basada en la dependencia en sentido amplio, concebida en miras de los artículos 2320 y 2322 del CC. La excesiva fijación en la relación propia de la clínica y el médico nos condujo al seguimiento de un difícil estatuto de responsabilidad estricta, que pocos tribunales aceptarían llanamente en los días actuales. Por estas razones, y siguiendo la tendencia más reciente, revisaremos la plausibilidad y las posibilidades de una teoría por el hecho propio de la clínica, que se independice al fin de las inconveniencias planteadas por el *contrato* γ.

En primer lugar, la responsabilidad por culpa en la organización tiene bases muy parecidas a las del estatuto vicario, pues, ambas atienden a un esquema en el que se responsabiliza a la persona jurídica por los daños causados dentro de la estructura de gestión sanitaria que gobierna. No obstante, se diferencian fundamentalmente en que, en la tesis vicaria, la persona jurídica responde por su vinculación causal al daño producido por la acción culposa de su dependiente, mientras que, en el sistema de culpa organizacional, la persona jurídica es responsable por su propia culpa, que ha causado el daño por su mala

[82] Sentencia 21º Juzgado Civil de Santiago, 2018, Rol C-5239-2013.

[83] SCA de Santiago, 1997, Rol 1010-1996; p. 692.

[84] BARROS, p. 692.

gestión o disposición de la organización, en incumplimiento de sus deberes legales y reglamentarios[85]. Dicho en otros términos, la clínica dispuso personalmente del vínculo causal que generaría el daño, pues, si bien el médico realizó directamente el hecho dañoso, no hubo una estructura sanitaria capaz de prevenirlo a tiempo, detenerlo, revertirlo o subsanarlo.

Visto ello, podemos valernos de los insumos que hemos utilizado anteriormente para elaborar la nueva teoría de acuerdo con la culpa de la clínica. En primer término, el concepto del *mandato ostensible* tiene utilidad para vincular al médico como integrante de la estructura empresarial abstracta que produce el daño. Así, si bien no se trata de un dependiente como tal, podemos valernos de una teoría de la *causalidad difusa* para redirigir el núcleo de la negligencia hacia la clínica. Esto implica, según la doctrina, que no siendo posible determinar con certeza al agente generador del daño culpable dentro de una estructura compleja como la *lex praxis* médica[86], se recurre a un análisis de la estructura misma, sobre la base de dos criterios que ayudarán a determinar la culpa en el esquema: el *principio de división del trabajo* y el *principio de confianza legítima*[87].

El *principio de división del trabajo* implica que, existiendo un conjunto de profesionales y órganos involucrados en la realización de una tarea, es de todo sentido radicar la responsabilidad en aquellas piezas del mecanismo que se vinculan a la causación del daño. De tal manera, siguiendo a VAZQUEZ FERREYRA, cada uno de los médicos, paramédicos y auxiliares que intervienen en un procedimiento tienen ciertas funciones técnicas fijadas por la ley y la *lex artis* médica, por lo cual, se puede requerir la opinión técnica de la entidad colegiada que corresponda a tal especialidad, o de la escuela de medicina idónea, para que informen y califiquen cuál es rol de cada uno de los profesionales involucrados en un caso específico[88].

Siguiendo la misma línea, resulta claro que la clínica, como persona jurídica activa, es un miembro más de esta estructura, pues, es aquella en la que recae el rol fundamental de dirigirla, organizarla, vigilar su correcto funcionamiento y facilitar los medios necesarios para que esta no genere daños. El conjunto de los deberes que tiene la clínica en el esquema señalado, es aquel que hemos entendido como el de los *deberes indelegables*, que le son

[85] BARROS, pp. 196 y 197.

[86] Entiéndase como la aplicación práctica de los principios y normas de la *lex artis* médica, *vid. infra* cita 2; *vid.* TOCORNAL COOPER, pp. 146 y ss..

[87] TOCORNAL COOPER, pp. 153 y ss.

[88] VAZQUEZ,, 1992-2002, pp. 157.

propios y sirven como factores claros de imputación de la culpa a la clínica. En este contexto, la doctrina anglosajona ha determinado cuatro *deberes indelegables* fundamentales reconocidos por su jurisprudencia para las clínicas: 1) mantención de sus instalaciones y equipamiento; 2) selección y retención únicamente de profesionales competentes; 3) supervigilancia de todos quienes practican la medicina dentro de sus instalaciones y cuidado de los pacientes; y 4) creación de reglamentos que aseguren la calidad de las prestaciones médicas[89].

De los deberes mencionados, debemos hacer énfasis en la posibilidad de configurarlos legalmente según la LDP, y si no, por medio de la interpretación extensiva del art. 1546 del CC sobre el *contrato* β, lo que ayudaría al paciente a oponer estos deberes básicos a la clínica respecto de su situación. De tal forma, resultan imprescindibles estos deberes frente al segundo principio de la causalidad difusa: *el principio de confianza legítima*.

Esta directriz plantea que cada miembro de la estructura empresarial trabaja, idealmente, con debida confianza de que los otros miembros del equipo están desempeñando su labor con un nivel de diligencia aceptable, de tal manera que no tienen responsabilidad respecto de sus funciones alternas. No obstante, esta cierta independencia funcional tiene ciertos matices[90]. La función asignada a cada miembro de la organización puede realizarse por *motu proprio* o por delegación de un miembro superior de la estructura, en tal sentido, existen miembros del equipo que responderán de forma aislada y otros que no podrán alegar independencia de los actos de aquellos a quienes han delegado y ordenado. Y, asimismo, existen funciones que, por mucho que puedan ser desarrolladas por miembros de niveles estructurales inferiores, serán *indelegables* de los representantes y órganos que componen a la clínica como nivel superior.

Sobre la base de la *confianza legítima* profesional y de la *indelegabilidad* de los deberes de la clínica, resulta a todas luces claro que la estructura inferior que se dedica a la atención de un determinado paciente tendrá la confianza debida en que, habiendo un error o desfase grave en sus propias capacidades y reacciones, existirá, por obligación legal y consuetudinaria, un mecanismo de respaldo básico de la clínica que evite que el paciente se precipite al abismo sin nadie que le salve a tiempo. De tal manera, como también ha concluido la doctrina norteamericana, la clínica será responsable por su propio hecho, cuando, creado

[89] MCWILLIAMS, RUSSELL, 1996, pp. 462 y 463.

[90] No ahondaré en el presupuesto de que cada miembro del equipo está impedido de tolerar los hechos negligentes de los otros, como se puede ver en VAZQUEZ, 1992-2002, p. 85, cit. por TOCORNAL, pp. 158.

un riesgo grave para la integridad física del paciente, no ha sido capaz de articular una estructura sanitaria eficiente para evitarlo, contribuyendo causalmente a la materialización del daño[91], con la infracción a sus deberes indelegables.

La aplicación de esta teoría, de acuerdo con la normativa nacional, gira en torno a la aplicación de los artículos 2314 y 2329 del CC, que establecen la norma general de la responsabilidad por el hecho propio. Dichos artículos han permitido a la doctrina proponer la existencia de una presunción de culpa basada en una interpretación amplia del artículo 2329, ligada al criterio interpretativo del art. 24 del CC; esto se entiende, concretamente, en que no resulta acorde a la equidad natural ni al espíritu de las leyes que se cargue el *onus probandi* en aquella parte que se halla más desfavorecida en la relación médica, el paciente, por cuanto, se halla impedido tanto de medios como de recursos o información como para probar adecuadamente la culpa del establecimiento. Por otro lado, siguiendo a ALESSANDRI, es la propia naturaleza del hecho la que permite imputar la malicia o la negligencia al establecimiento (siguiendo el tenor del art. 2329 del CC)[92], por tanto, es obligación de la clínica probar que ha cumplido con diligencia sus deberes legales, dejando al particular sólo la carga de probar el daño recibido[93].

Así, hemos conceptualizado el régimen de responsabilidad por el hecho propio, siguiendo la tesis del incumplimiento de la clínica de sus *deberes indelegables*, dentro de una estructura de gestión interpretada a la luz de los principios de la *causalidad difusa*. No obstante, queda un último factor de importancia a analizar, que es la *responsabilidad por el riesgo* en el que opera la institución, que, si bien es una teoría separada doctrinalmente de la teoría de la culpa empresarial, tiene variados aspectos que permitirían utilizarlas conjuntamente.

Este régimen tiene mucho menos base normativa que los anteriores, pues, ha tenido acogida en el derecho comparado, pero en Chile sólo se ha manifestado a partir de un par de fallos aislados[94]. Se basa en un principio doctrinal subyacente a la responsabilidad civil, que se puede resumir en la lógica de cargar los costos por los daños, estadísticamente inevitables, a aquella parte que genera los riesgos y tiene mayor capacidad de asumir sus costos, distribuyéndolos con el conjunto de otros pacientes que pagan por sus servicios[95].

---

[91] MCWILLIAMS,, 1996, pp. 467 y 468.

[92] ALESSANDRI, 1943, p. 716, cit. por TOCORNAL, pp. 64.

[93] TOCORNAL, pp. 65.

[94] SCA de Santiago, 2001, rol 36.518-1998, p. 97.

[95] ZELAYA, 1997, p. 36.

Siguiendo a TOCORNAL COOPER, el sustrato básico de la teoría atendería a imputar a la clínica la responsabilidad respecto de todo daño causado dentro de la estructura que gobierna, por cuanto, esta estructura le produce beneficios que le hacen oponibles los costos básicos y lógicos de la actividad realizada[96]. No obstante, resulta necesario que se establezca el incumplimiento de la clínica de sus deberes básicos, como presupuesto de una relación causal de esta con el daño, y, además, es preciso que los riesgos que se imputen a la clínica hayan sido previsibles al momento en que se produjeron[97], pues, no resulta procedente imputar a la clínica los riesgos causados por hechos imprevisibles o imposibles de resistir para la institución, pues, esto se acerca peligrosamente al concepto del caso fortuito.

Dejando atrás la cuestión del riesgo, resulta necesario revisar la acogida jurisprudencial que ha tenido la teoría de la culpabilidad empresarial en Chile, mas, será de utilidad analizar el *leading case* que se ha enarbolado en el ámbito estadounidense para plantear la teoría con sus múltiples variables: el caso *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*. En este caso, un médico realiza un burdo procedimiento para enyesar la pierna quebrada de un deportista, tras lo cual, esta perdió la circulación y se produjeron gangrenas, terminando en la amputación total del miembro. La clínica fue condenada a indemnizar al deportista, entre otras razones, por no haber realizado un procedimiento de certificación previo respecto del profesional, que revisara su historial y aptitudes; así, la clínica había establecido un sistema de acreditación sin filtro suficiente, en el cual acreditaba a un médico sancionado en más de 30 ocasiones por realizar intervenciones negligentes o innecesarias, con resultados nocivos para la salud de sus pacientes[98]. De tal manera, aún con dificultades para escindirse de la ya famosa responsabilidad vicaria norteamericana, aquel fue el punto de partida inicial de la teoría de la culpa empresarial.

Ya desembarcando en Chile, podemos ver un conjunto de fallos que dan soporte a esta teoría, pese a recoger un conjunto de argumentos pertenecientes a otras propuestas. Por ejemplo, en un fallo de 2014, la Corte Suprema condena a una clínica a indemnizar los perjuicios causados por la tardía reacción en el tratamiento de un recién nacido, puesto que, los funcionarios de la clínica se limitaron a contactar al médico independiente por teléfono para seguir sus instrucciones, en lugar de buscar a un médico pediatra que le subrogara en el contexto de urgencia que se vivía[99]. La demora ocasionada por este actuar negligente de la

[96] TOCORNAL., pp. 65.

[97] TOCORNAL., pp. 98.

[98] JANULIS, 1985, , pp. 697-702

[99] SCS, 2014, rol 10.438-2013, cit. por PIZARRO WILSON, 2017, pp. 125 y ss.

clínica, paralela al actuar culpable del médico independiente, ocasionaron la muerte del niño.

Las razones esgrimidas por la Corte para condenar reflejan la argumentación que hemos expuesto en buena medida, haciendo caso omiso a la falta de dependencia del médico y considerando a los artículos 2314 y 2329 del CC como "*piedra angular*"[100], o si se quiere, la *ratio decidendi*. Asimismo, la Corte recoge uno de los argumentos basales de la sentencia del tribunal *ad quem* que se confirma, referido, ni más ni menos que al incumplimiento de las normas pertinentes fijadas por la "Ley de Urgencia", que establece normas especiales para el caso de actuaciones de oficio de la clínica[101], que es uno de los *deberes indelegables* que sustentan la teoría de la culpa empresarial.

Esto puede verse de forma similar en otro fallo contemporáneo de la misma Corte, respecto a un caso de muerte de una paciente durante el período de post operatorio, en el que el médico tratante no dejó instrucciones de vigilar adecuadamente a la paciente, resultando en la muerte por asfixia, debido a la broncoaspiración de contenido gástrico[102]. Dicha dolencia está calificada como una de las causas más probables de muerte durante la inducción anestésica (por intubación), en tal sentido, tenía además el elemento de la previsibilidad. El argumento que sustenta el fallo, tiene relación con que la clínica debió articular un "sistema eficiente de organización y control" sobre los médicos independientes y dependientes, que hubiera permitido garantizar la seguridad del paciente[103], como *deber indelegable.*

Finalmente, un reciente fallo de primera instancia nos da ciertas luces de la visión actual de la responsabilidad médica, que extiende incluso el sistema argumentativo de la culpa empresarial hacia el ámbito contractual, pues, sin importar la clara dependencia existente en el caso que comentamos[104], el Juzgado de Letras razona sobre conceptos como la atención eficiente, suficiente y de calidad, sin diferenciar al médico negligente de cualquier otro mecanismo de la estructura empresarial creadora del daño[105].

Finalmente, para ultimar el análisis con un caso de responsabilidad institucional por el médico independiente como tal, revisaremos una sentencia de primera instancia que nos sirve para fijar el esquema básico de la teoría de la responsabilidad por culpa empresarial. El sustrato fáctico del caso versa sobre una mujer con un problema grave de hernia que es

[100] SCS, 2014, rol 10.438-2013, cit. por PIZARRO WILSON, 2017, pp. 125 y ss.

[101] SCS, 2014, rol 10.438-2013, cit. por PIZARRO WILSON, 2017, pp. 125 y ss.

[102] SCS, 2014, rol 5817-2013.

[103] SCS, 2014, rol 5817-2013.

[104] SCS, 2014, rol 5817-2013.

[105] Sentencia 21º Juzgado Civil de Santiago, .2018, Rol C-5239-2013.

sometida a un tratamiento dirigido a descomprimir el área medular. El tratamiento medular es llevado por un médico independiente, que si bien formaba parte del *staff* de la clínica, llevaba un contrato separado con la paciente (*contrato* α), mientras que la Clínica sólo se había obligado con la misma a aportar los servicios anexos que hemos referido en apartados anteriores (*contrato* β); la relación concreta entre el médico y la clínica, que hemos llamado *contrato* γ, consistía principalmente en un mecanismo de recepción de los pagos de los pacientes, que permitía a la clínica pagarse con un porcentaje de aquellos, depositando al médico su parte más tarde.

Como es de suponer, la cirugía de descompresión tuvo graves complicaciones y se produjo una inflamación mucho más grave en el cuerpo de la paciente, produciéndose un *shock* medular que le ocasionaría una tetraplejia temporal, unida a la falla generalizada de otros sistemas internos, como el sistema urinario. El resultado inmediato fue de gran costo, pues, la paciente debió llevar a cabo nuevos tratamientos en otras clínicas que le permitieron volver a sus funciones habituales, no obstante, esta operación le produciría daños irreversibles a lo largo de su vida, como dolores crónicos y dificultades para retener esfínteres, lo que le imposibilitaba volver a trabajar, por certificado de invalidez. La reacción de la clínica ante el suceso fue ineficiente y tardía.

El Juzgado de Letras, ante dicho escenario, formula inicialmente una teoría que concentra el núcleo del *deber indelegable* en la obligación de garantía de seguridad del paciente, en un aparente uso del art. 1546 del CC, sobre el *contrato* β[106]. Luego, en seguimiento de la doctrina, desarrolla una teoría de los deberes de cuidado y de información basada en su fundamento legal y propio de la *lex artis*, dejando de lado la necesidad de configurarlo como una mera obligación contractual[107].

Concluye, el Juzgado de Garantía, aunque sin referirse a la Clínica como gestora de la estructura empresarial subyacente, que esta es integrante del "vínculo jurídico sustantivo" relacionado a la prestación médica específica, por tanto, no sólo la determina como legitimada pasiva ante la creación del daño causado, sino que, sorprendentemente, incluso la señala como parte del contrato de prestación médica[108]. Y así, tenemos una figura de responsabilidad completa, en la que la clínica, por su hecho propio en la mala gestión, vigilancia y garantía de seguridad, debe responder ante el paciente, como integrante principal

[106] Sentencia 25º Juzgado de Letras de Santiago, 2018, RIT C-7998-2014.

[107] BARROS, p. 657 y ss.

[108] BARROS, p. 657 y ss.

de la estructura empresarial, como la entidad prestacional sustantiva que el juzgado refiere.

IV. Conclusiones

Tras el extenso análisis realizado, cabe hacer ciertas observaciones que aclaren los límites de la responsabilidad institucional por el hecho del profesional independiente. Más que un mero resumen, trataré de esbozar un marco referencial de responsabilidad a seguir.

Primeramente, téngase en cuenta que la herramienta contractual de la clínica surte efectos en cuanto a sus objetivos: logra alejar en buena medida una serie de pretensiones indemnizatorias que se podrían acoger desde el punto de vista de una responsabilidad contractual tradicional. Así, la responsabilidad por el contrato queda radicalmente reducida al cumplimiento de los deberes anexos extramédicos y paramédicos. No obstante, es interesante destacar que esa férrea línea de defensa de las clínicas ha comenzado a debilitarse, pues, algunos tribunales de primera instancia han comenzado a reconocer la existencia del contrato mediante amplias argumentaciones basadas en el principio del consensualismo y la buena fe.

Esta tendencia no es seguida por la Corte Suprema. Si bien tiende a acogerse a una prosa aún amigable con algunas propuestas de responsabilidad vicaria, ha fijado a la responsabilidad por culpa en la organización como su paradigma de seguridad y garantía para los pacientes afectados, estableciendo un límite razonable para sus pretensiones frente a la clínica: si la clínica se muestra incapaz de probar su debida diligencia, con todos sus recursos y acceso a la información, será culpable y considerada como responsable por su hecho propio respecto del daño.

Así, basta con el establecimiento de la infracción de los *deberes indelegables* de la clínica como factor de atribución de la culpa y como indicio de su vinculación causal, para establecer la responsabilidad por el hecho propio. En contraparte, la tesis referida al hecho ajeno, por sus dependientes, si bien tiene sustento teórico para proponerse, resulta mucho más indirecta y compleja de aplicar ante los tribunales, por tanto, es de prever que, mientras no exista una norma que consagre la responsabilidad vicaria estricta, esta técnica se mantendrá como un callejón sin salida para el grueso de las pretensiones indemnizatorias.

Como palabras finales, quisiera precisar que el sistema de salud privado, pese a sus notables avances científicos y logísticos, no deja de enfrentar nuevos desafíos cada día; la masiva titulación de nuevos médicos, muchas veces sin las competencias necesarias, tiene la potencialidad de crear un polvorín de riesgos que las actuales estructuras de gestión

organizacional no serán capaces de manejar. Por tanto, es el deber de las clínicas, ante los nuevos tiempos, el de reevaluar constantemente sus métodos de control, acreditación y reacción, orientándolos hacia el cumplimiento efectivo de las normas y la *lex artis*. Así, será posible mantener una adecuada distancia frente a la última jurisprudencia, que está avanzando lentamente hacia la responsabilidad por los daños sufridos por el paciente, basándose en el incumplimiento de sus deberes propios e indelegables.

Bibliografía citada

- AA.VV., 2010: *Responsabilidad Médica* (compilado por Iñigo de la Maza Gazmuri), Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Diego Portales, Santiago.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago,
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1988: *Derecho Civil: De los Contratos*, Ed. Conosur, Santiago.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2010: *Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica*, en AA.VV., 2010: *Responsabilidad Médica* (compilado por Iñigo de la Maza Gazmuri), Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Diego Portales, Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique, 2006: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BOETSCH GILLET, Cristián, 2011: *La buena fe contractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, 1993: *Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica*, Revista Derecho y Salud, Nº1, Art. 3º, Santiago de Compostela, España.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, 2008: *La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado*, en AA.VV., 2010: *Responsabilidad Médica* (compilado por ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI),

Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Diego Portales, Santiago, p. 45.

- DEUTSCH, Edwin, AHRENS, Hans-Jürgen, 2002: *Deliktsrecht*, Ed. Heymanns, 4ta edición, Colonia, Alemania.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, 2010: *El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica*, en AA.VV., 2010: *Responsabilidad Médica* (compilado por ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI), Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VI, Ediciones Diego Portales, Santiago.
- JANULIS, Diane M., HORNSTEIN, Alan D., 1985: *Damned If You Do, Damned If You Don't: Hospitals' Liability for Physicians' Malpractice*, Revista Nebraska Law Review, Vol. 64, Art. 6º, Lincoln, Nebraska.
- KELSEN, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre*, Ed. Deuticke, 2da edición, Viena.
- LYON PUELMA, Alberto, 2017: *Integración, Interpretación y Cumplimiento de Contratos*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, 1986: *Los Contratos, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, 2007: *Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado*, en LÓPEZ MESA (director), *Tratado de Responsabilidad Médica*, Ed. Legis Argentina S.A., Buenos Aires.
- MCWILLIAMS, Martin C., RUSSELL, Hamilton E., 1996: *Hospital Liability for Torts of Independent Contractor Physicians*, Revista South Carolina Law Review, Vol. 47, Nº3, Columbia, Carolina del Sur.
- MOMBERG, URIBE, Rodrigo, *Artículo 2º*, en AA.VV., 2013: *La protección de los Derechos de los Consumidores, Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Íñigo de la Maza Gazmuri y Carlos Pizarro Wilson (directores), Ed. Thomson Reuters, Santiago.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2003: *La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno*, Revista Chilena de Derecho Privado, Nº1, Santiago.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2017: *La Responsabilidad Civil Médica*, Monografías, Thomson Reuters, Santiago.
- STITCHKIN BRANOVER, David, 2008: *El mandato civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, 2003: *Sobre la prueba de la culpa médica en el Derecho*

Civil y Administrativo: análisis doctrinal y jurisprudencial, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica Dyké, Medellín, Colombia.

- TOCORNAL COOPER, Mª Josefina, 2013: *La Responsabilidad Sanitaria Institucional: Una propuesta de armonización entre los establecimientos de Salud Públicos y Privados*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago.
- VÍO VARGAS, Juan, 2016: *¿Responsabilidad por el hecho ajeno de una clínica? (Corte Suprema)*, Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XXIX, Nº2, Valdivia, pp. 323-328.
- VÍO VARGAS, Juan, 2017: *La atribución de la responsabilidad civil de las clínicas por el hecho ajeno*, Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho Civil Patrimonial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Santiago.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1995: *La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente (Un intento por sistematizar la jurisprudencia chilena)*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXIII, Nº 197.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro, 1997: *Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas. (Nuevas tendencias jurisprudenciales)*. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXV Nº 201.

Jurisprudencia:

- SCS, 20.10.1994, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCI, Nº3, Santiago.
- SCA de Santiago, 03.01.1997, rol 1010-1996.
- SCA de Santiago, 05.06.2001, rol 36.518-1998.
- SCA de Santiago, 28.12.1999, Gaceta Jurídica de los Tribunales Nº234, p.63.
- SCA de Santiago, 10.05.2006, rol 7700-2003.
- SCS, 18.12.2006, 5090-2004.
- SCS, 23.10.2007, rol nº 3667-2007.
- SCS, 15.09.2011, rol nº 8905-2011.
- SCS, 05.06.2014, rol 5883-2012.
- SCS, 19.06.2014, rol 5817-2013.
- SCS, 17.07.2014, rol 10.438-2013.
- SCS, 17.08.2015, rol 6982-2015.

- SCS, 06.11.2017, rol 4281-2017.
- Sentencia 21º Juzgado Civil de Santiago, 08.10.2018, RIT C-5239-2013.
- Sentencia 25º Juzgado de Letras de Santiago, 16.04.2018, RIT C-7998-2014.