

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PLURIPARTICIPACIÓN MÉDICA O EN EJERCICIO DE LA MEDICINA EN GRUPO

Roberto A. Vásquez Ferreyra

El análisis de la llamada responsabilidad civil médica se limita comúnmente a los supuestos de la medicina individual, casos en los cuales un médico determinado atiende, en forma individual, a un paciente a quien le ocasiona un daño. Sin embargo, esta situación no se presenta con frecuencia en la práctica médica moderna, pues las intervenciones médicas suelen involucrar a varios profesionales del arte de curar (médicos, paramédicos y enfermeras). La pluralidad de participantes en las operaciones quirúrgicas ocasiona entonces que resulte difícil determinar quién o quiénes serán llamados a responder civilmente frente a un perjuicio sufrido por el paciente.

El doctor Vásquez Ferreyra, destacado especialista argentino en materia de responsabilidad civil, analiza los diversos supuestos provenientes del ejercicio de la medicina en equipo, incidiendo especialmente en la responsabilidad del jefe de equipo y en la responsabilidad civil médica colectiva. Confiamos en que este estudio contribuya al desarrollo del análisis jurídico de un tema aún poco visitado por nuestra doctrina.

1. INTRODUCCIÓN

Es común que cuando se analiza desde la doctrina la responsabilidad civil médica, se lo haga desde la perspectiva de la llamada medicina individual. Es decir que se contemplan los supuestos en los cuales un médico determinado que atiende en forma individual a un paciente, le ocasiona un daño. Pero resulta que si bien es el caso más sencillo, hoy en día, debido a los avances de la ciencia médica, es también un supuesto de rara aparición.

A nadie escapa que en su mayoría los supuestos de reclamos indemnizatorios por mala praxis médica involucran a varios profesionales del arte de curar (incluido el personal paramédico). Esto se acentúa en los casos en los cuales el daño tuvo su origen en una intervención quirúrgica. Es que no podría ser de otra manera si se contempla cómo se realizan las operaciones en la actualidad. Un autor español nos recuerda que la especialización y colaboración entre médicos ha permitido llevar a feliz término empresas de alta cirugía, impensables en el pasado: "Christian Barnard, el 3 de diciembre de 1967, realizó el primer trasplante de corazón humano contando con cincuenta y seis colaboradores y con el apoyo de doce médicos especialistas"¹.

Efectivamente, en la actualidad las intervenciones quirúrgicas son obra de un conjunto de especialistas y auxiliares que trabajan muchas veces incluso ante el desconocimiento del paciente, quien tal vez sólo ha teñido contacto con el cirujano jefe. Esta manera de practicar la medicina da lugar a una importante

¹ BARREIRO, Agustín Jorge. *Laimprudencia punible en la actividad médico-quirúrgico*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 113.

problemática que viene planteada, principalmente, por el hecho de determinar quién o quiénes serán llamados a responder civilmente frente a un perjuicio sufrido por el paciente. Problemática que se ve acentuada cuando ni siquiera se ha llegado a individualizar al verdadero autor de la falta.

El caso que comentamos es el que comúnmente encuadra dentro de lo que se conoce como equipo quirúrgico, que es donde se ve con mayor claridad el ejercicio de la medicina en colaboración. Pero el caso de la cirugía no es el único en el cual la medicina se cumple de una manera grupal, sino que esta situación hoy en día viene a ser la regla. Regla que presenta el serio inconveniente del anonimato².

Por ello se afirma que "la actuación profesional del médico no suele ser hoy en día una labor individual, sino que es el resultado de la colaboración de diversos estamentos profesionales e incluso de varios especialistas, determinando que la actividad médica sea fundamentalmente una actividad colectiva"³.

Uno de los autores que más ha profundizado en el análisis de esta colectivización del ejercicio de la medicina es Llamas Pombo. Para el profesor de la Universidad de Salamanca una de las causas de este fenómeno es, sin duda alguna, la creciente especialización médica que obliga a que los diversos profesionales expertos en parcelas muy concretas se agrupen en torno a un enfermo que necesita la atención de todos ellos. "Actualmente, por la propia complejidad de la ciencia médica y de las técnicas que conlleva, y las demás razones que exponemos, lo normal es la prestación colectiva, y no sólo eso, sino que también el acto médico propiamente dicho procede de varios facultativos, tanto en el nivel de

tomas de decisiones como en el de ejecución material del mismo"⁴.

Frente a esta práctica común de la medicina. Penneau sostiene que si bien el acto médico es un acto individual, su prestación tiende a constituir cada vez más una obra colectiva. Por ello distingue entre acto y prestación médica⁵.

En definitiva, estamos frente a un ejercicio del arte de curar totalmente distinto al de hace apenas treinta años atrás. La nueva medicina es propia de los requerimientos actuales, su ejercicio individual ha cedido el paso al ejercicio colectivo; es lo que Lorenzetti ha calificado como la "macromedicina"⁶.

En nuestro país uno de los juristas que primero advirtió los problemas que desde el punto de vista jurídico y, más estrictamente, desde la responsabilidad civil, presenta esta nueva forma de ejercicio de la medicina fue Bustamante Alsina, quien precisamente habló por primera vez de "pluriparticipación médica", entendida ésta como la intervención de varios en la ejecución de un hecho o prestación médica⁷.

Compagnucci de Casso refiriéndose a la pluriparticipación médica la conceptualiza como el ejercicio de la medicina mediante un grupo de personas, o bien por intermedio de equipo médico, aunque -con razón- señala que es dable distinguir entre ambos supuestos⁸.

En el caso del "grupo médico" cada uno cumple una función con cierta independencia, mientras que tratándose de equipo médico hay siempre alguien al frente que asume el carácter de jefe de equipo que se hace ayudar por colaboradores⁹.

² Ver MOSSET ITURASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo, *Contratos médicos*. Buenos Aires: La Rocca, 1991, p. 65. Estos autores señalan que el ejercicio grupal de la medicina constituye una respuesta adecuada a las exigencias, cada vez más estrictas, del servicio de salud.

³ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: La Ley, 1987, p. 165. Este autor cita la opinión de Santos Briz, quien en su libro *La contratación privada* indica que es frecuente que dada la evolución de la técnica y las ciencias en nuestra época sea insuficiente la cooperación de una o pocas personas para la consecución de ciertos fines. Esto se ve claramente en el ejercicio de la medicina.

⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Ed. Trivium, 1988, p. 258. "Se trata, en suma, de la intervención de diversos facultativos, unas veces sucesivamente -pensemos en el caso de la sustitución, por ejemplo-, y otras simultáneamente en el proceso de curación del paciente, y relacionados entre sí muchas veces exclusivamente por la historia clínica o el dossier médico del enfermo".

⁵ PENNEAU, Jean, *La responsabilité medicale*, Paris: De. Sirey, 1977, p. 221.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzori, 1986, p. 36.

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad médica. Pluriparticipación por equipo y asistencia múltiple de pacientes*, Zeus, t. 20. Del mismo autor, *Responsabilidad civil en caso de pluriparticipación profesional en acto médico*, LL, 1983-B-314.

⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, *Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva*. LL, ejemplar de 17/9/91. Se trata de un comentario a un valioso fallo de la Sala D de la Cámara Nacional Civil sobre responsabilidad civil médica colectiva.

⁹ Idem nota anterior.

En igual sentido Gonzáles Morán, refiriéndose al ejercicio colectivo de la medicina, distingue dos situaciones, a las que califica como equipo ético en sentido amplio y equipo médico en sentido propio. En el primer caso se trata de un conjunto de médicos que sólo tienen en común el lugar de atención; generalmente se trata de médicos de la misma especialidad¹⁰.

En este caso en realidad no hay ejercicio colectivo sino singular, pues cada profesional atiende a sus pacientes y responde individualmente frente a ellos.

En el segundo caso -equipo médico *stricto sensu*-, para González Morán nos encontramos frente a una agrupación de médicos de distintas especialidades que se unen con la finalidad de dividir el trabajo, aportando cada uno su competencia profesional en orden a la atención y asistencia de un enfermo. La organización de estos equipos no es siempre la misma: pueden tener una organización interna jerárquica o bien puede existir entre sus miembros una relación de igualdad e independencia¹¹.

Como veremos más adelante, a nuestro entender estamos frente a un verdadero equipo médico cuando existe una coordinación jerárquica, a la cabeza de la cual está el jefe de equipo.

Hecha esta breve introducción para dejar en claro cómo se realiza generalmente la práctica de la medicina en nuestra sociedad, más allá de que esta atención colectiva se practique a través de diversas instituciones (obras sociales, sanatorios, hospitales, etc.) veamos ahora cuáles son los problemas que se presentan desde la óptica de la responsabilidad civil.

2. RESPONSABILIDAD DE EQUIPO Y RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Algo ha quedado dicho respecto a lo que ahora veremos con mayor detenimiento.

La práctica grupal de la medicina plantea un primer problema, cual es el del anonimato. Nos referimos a las situaciones en las cuales un paciente, luego de haber sido sometido a innumerables prácticas de diagnóstico y tratamiento por una varie-

dad igual de médicos especialistas, presenta un daño cuyo origen se encuentra en dichas atenciones, pero no se puede determinar con precisión la verdadera causa o al verdadero autor. En estos supuestos, una razón de justicia indica que la víctima no puede quedar sin satisfacción, y por ende, deben arbitrarse los mecanismos para determinar las diversas responsabilidades de todos los intervinientes; ello, claro está, sin cargar las tintas sobre profesionales inocentes. Se presenta así un serio y grave inconveniente. Por un lado, la situación del paciente víctima, y por el otro, la de los profesionales que no siempre han aportado su cuota de autoría o culpabilidad, pero que sin embargo pueden ser alcanzados por una condena resarcitoria. Aquí la tarea de jurista es similar a la del cirujano. Con la precisión necesaria para manipular un bisturí será preciso encontrar la solución acertada que contemple los intereses de todos los involucrados, a la luz del ordenamiento jurídico y de los postulados de la justicia.

En aras de encontrar esas soluciones se hace preciso distinguir dos supuestos que no siempre han sido advertidos por la doctrina y la jurisprudencia. Se trata, por un lado, de los casos conocidos como de "responsabilidad de equipo" y por el otro, del fenómeno de la "responsabilidad colectiva". Como claramente lo resalta Bueres: "Preferimos hablar de un deber o responsabilidad de equipo, a fin de no introducir confusiones de lenguaje a propósito del fenómeno de la responsabilidad colectiva o de grupo que es diverso..."¹².

Debe tenerse en cuenta que todo lo que digamos en este capítulo se refiere a los casos en que el daño tiene su origen en el ejercicio grupal de la medicina, lo que, como dijimos, impide muchas veces ubicar al responsable individual. Pero ello no debe hacer perder de vista que la responsabilidad individual nunca desaparece. Así las cosas, y por más que estemos frente a un supuesto de responsabilidad del equipo médico, sin perjuicio de todo lo que digamos respecto a la responsabilidad del jefe de equipo, siempre estará también presente la responsabilidad del verdadero e individual autor, si es que logra ser determinado. En definitiva, y frente a la víctima puede llegar a haber una pluralidad de responsables.

¹⁰ A nuestro entender este caso no presenta ningún interés de análisis particular a la luz de la responsabilidad civil a más que lo relativo a la responsabilidad que le puede caber al conjunto en su calidad de dueños de las instalaciones o como componentes de una persona ideal.

¹¹ GONZÁLEZ MORÁN, Luis. La responsabilidad civil del médico. Barcelona: Ed. Bosch, 1990, p. 143.

¹² BUERES, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1979, p. 145.

Lo mismo sucede en los casos de responsabilidad médica colectiva. Aquí, por esencia, no ha podido ser individualizado el verdadero autor del perjuicio, pero en caso de aparecer éste desaparece el sustento de este tipo de responsabilidad, y contra él tendrán acción de repetición los demás profesionales que conforman el grupo. Si es que todavía no se había llegado a configurar la responsabilidad colectiva, la víctima, una vez individualizado el autor individual, sólo contra éste podrá accionar. Hecho el distingo precedente pasemos a analizar el primer supuesto: la responsabilidad del equipo médico.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTO MÉDICO EN EQUIPO

a) Breve noticia sobre los antecedentes en los Estados Unidos de Norteamérica

En Estados Unidos, durante largo tiempo, el cirujano dentro de la sala de operaciones fue visto como el "*captain of the ship*" (capitán del barco)¹³. La Suprema Corte de Pennsylvania se convirtió en la primera en emplear la metáfora "capitán del barco" para describir el derecho que tiene un cirujano de controlar al personal de asistencia del hospital. Ese poder del que gozaba el cirujano lo hacía también responsable por los hechos ilícitos cometidos en la sala de operaciones.

En numerosos casos los Tribunales extendieron los efectos de esta doctrina, considerando incluso a un cirujano responsable por la negligencia de los empleados del hospital no ocurrida aún ni siquiera en la ausencia del cirujano.

Esta doctrina, que responsabilizaba a los cirujanos en forma sumamente severa por todas las negligencias cometidas por sus auxiliares, se desarrolló sobre todo a causa de la inmunidad caritativa o gubernamental de ciertos hospitales públicos, ya que estos centros médicos benéficos generalmente estaban exentos de toda responsabilidad civil. Los únicos responsables podían llegar a ser los empleados del hospital generalmente insolventes. Por eso los tribunales giraron hacia los cirujanos, quienes a menudo tenían la suficiente solvencia como para hacer frente a una indemnización.

A partir de la segunda mitad de este siglo, esa inmunidad con que contaban ciertos hospitales desapareció, con lo cual el sustento de la teoría

del capitán del barco se esfumó, abriéndose paso a otras tesis más benevolentes para con los jefes de equipo.

La doctrina del capitán del barco en algunos casos también había sido justificada, a la luz de las expectativas del paciente de que el cirujano que él elija lo proteja de la negligencia del personal de asistencia en la sala de operaciones. Esto hoy en día también resulta cuestionable, porque el paciente va ahora al hospital buscando atención, muchas veces sin tener en cuenta a un médico en particular.

En la actualidad la tesis más utilizada es la conocida como "*the borrowed servant doctrine*", lo que significa algo así como doctrina del servidor prestado. Para esta teoría "cuando un empleador especial, como un médico, toma prestado un empleado de un empleador general, como el caso de un hospital, el empleador especial -en el caso, el médico- será responsable por las acciones negligentes del empleado prestado". Pero para que esta tesis pueda ser aplicada el médico debe, por lo menos, tener el derecho tanto de controlar los pormenores físicos como el modo en que se desempeñan los empleados. Por eso los tribunales aplican ahora esta doctrina cuando el médico no sólo estuvo presente físicamente en el momento en que el empleado del hospital cometió el acto negligente, sino también cuando tuvo una genuina oportunidad para prevenir dicho acto. En los últimos tiempos se concibe al hospital como un amplio proveedor de cuidados de la salud, responsable de suministrar y regular una variedad de servicios al paciente. No sólo proveyendo, sino también regulando estos servicios, el hospital moderno ha tomado un grado de control significativo aun dentro de la sala de operaciones. Frente a esta situación, en el quirófano se ha dado una división de responsabilidad, de tal modo que el cirujano jefe ya no puede ser caracterizado como antes "capitán del barco", sino que se lo cataloga más bien como capitán del equipo. Ahora bien, cada miembro de este equipo interdependiente tiene funciones profesionales propias y separadas con respecto al paciente. Bajo tales circunstancias, el cirujano no tiene la oportunidad de controlar cada acción del personal, y muchas veces ni tiene el conocimiento necesario para controlar las acciones de estos auxiliares especialistas en sus cometidos. De ahí que ahora la responsabilidad se carga sobre los hospitales que, en definitiva, son quienes deben hacer frente a las indemnizaciones.

¹³ PRICE, Stephen H. *The sinking of the Captain of the ship: reexamining the vicarious liability of an operating surgeon for the negligence of assisting hospital personnel*. En: "*The Journal of legal medicine*", University of Pennsylvania, volume 10, number 2, June 1989, p. 323.

Se piensa hoy en día que si bien el cirujano jefe no tiene el tiempo ni el conocimiento para controlar todas y cada una de las acciones del personal especializado, el hospital sí es capaz de contratarlos e instruirlos cuidadosamente. El hospital a su vez debe proveer reglas que sus empleados acaten cuando llevan a cabo órdenes del médico. Por otro lado, imponiendo responsabilidad al hospital habrá un incentivo financiero para ser más cuidadosos en la selección, instrucción y regulación de sus empleados.

Frente a este programa, se juzga responsable al cirujano por la culpa de un empleado solamente cuando el cirujano ha tenido una genuina oportunidad de control sobre las tareas de aquél. Caso contrario, la responsabilidad recae sólo sobre el empleado negligente e indirectamente sobre el centro hospitalario.

Hemos visto, entonces, cómo en los Estados Unidos se ha pasado de una responsabilidad estricta en cabeza del jefe de equipo a una situación más benéfica hacia estos cirujanos, quienes ahora descargan su pesada carga sobre los hospitales. En esta evolución ha jugado un papel importante la división operada dentro de las salas de operaciones, así como también diversos criterios de índole económica.

b) El equipo médico: configuración

Ya que estamos tratando cómo se reparte la responsabilidad civil por mala praxis médica entre los diversos integrantes de un equipo médico, resulta necesario que tratemos de dar una noción acerca de cuándo estamos frente a este tipo de agrupación profesional, pues, como hemos adelantado, no todo conjunto de profesionales del arte de curar configura un equipo médico en sentido estricto.

La nota característica del equipo médico la constituye la presencia de un cirujano jefe que actúa secundado por auxiliares médicos y paramédicos, como también por especialistas con autonomía científica¹⁴.

Llamos Pombo distingue la simple medicina de grupo del equipo médico. En la primera se hace referencia al colectivo de médicos que ejercen su profesión en un mismo centro y se prestan servicios

mutuos, estableciendo servicios de guardia, turnos de sustitución reparto de horarios, etc. En el equipo médico, por el contrario, se hace referencia al conjunto de especialistas que intervienen en una fase determinada de la curación del paciente, y cuyo ejemplo más claro es el de la intervención quirúrgica. Bustamante Alsina, si bien no define al equipo médico lo describe diciendo que "generalmente intervienen, además del cirujano jefe del equipo, uno o dos médicos asistentes de éste, y otros médicos, de distintas especialidades clínicas. Los asistentes llamados también auxiliares son los que acompañan al cirujano jefe en el acto propiamente operativo. Los colaboradores del acto quirúrgico son los médicos que tiene determinada especialización y concurren a apoyar el acto quirúrgico formando equipo con el cirujano"¹⁵.

Bueres señala que "en el ejercicio de la medicina de equipo (un acto quirúrgico, por ejemplo) el director o jefe del equipo orienta y coordina las actividades de quienes lo secundan. Lo más probable es que el enfermo no conozca más que a ese facultativo jefe, al menos en las intervenciones corrientes"¹⁶.

Precisamente, insistimos en que el jefe de equipo es quien dirige y coordina todas las actividades de los integrantes que los constituyen, y ése es el principal fundamento por el cual el jefe puede llegar a ser responsable por los actos negligentes de los demás miembros. Pero adviértase que esa facultad que responsabiliza al jefe del equipo es también la que debería marcar los límites de su compromiso. Es decir, que la barrera debe llegar hasta, donde el jefe pudo o debió controlar, dirigir y coordinar la actuación conjunta.

Por otro lado, esas características son las que nos marcan también el momento a partir del cual el equipo debe tenerse por constituido. Sobre el particular, para Rubén Stiglitz, "en principio la etapa preoperatoria no exhibe nitidamente un equipo constituido. Y a su turno, la instancia posoperatoria no manifiesta sino un equipo disuelto"¹⁷.

Por nuestra parte, si bien compartimos esa conclusión a nivel de generalidad, no puede darse una respuesta con precisión para todos los casos, pues la

¹⁴ Ver GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad por prestación médica asistencial. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1987, p. 89.

¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Responsabilidad médica. Pluriparticipación por equipo y asistencia múltiple de pacientes, citado. Bustamante Alsina considera que el personal auxiliar de enfermeras que cumplen tareas paramédicas y que generalmente proveen las clínicas, no forman el equipo profesional y no tienen sino una dependencia secundaria y ocasional en relación al jefe de equipo quien, concentrado en la operación, no está obligado a supervisar todos aquellos actos accesorios.

¹⁶ BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 146.

¹⁷ TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén. El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1983, p. 153.

casuística es tan abundante que en definitiva la solución vendrá de aplicar las reglas generales al supuesto individual. Es que bien puede darse un caso que comprometa la responsabilidad del jefe de equipo pese a que el origen del año o la negligencia se haya manifestado en la etapa pre o posoperatoria. Como ejemplo, se nos ocurre pensar en un caso en que el jefe de equipo haya tolerado que el anestesista no controle previamente al paciente en la habitación, previo al suministro de la anestesia. Tal falta comprometería - ante un daño sufrido por el paciente como consecuencia de una reacción a la anestesia- no sólo al anestesista sino también al cirujano jefe, pues éste en el caso concreto tuvo oportunidad de controlar la tarea previa del especialista (al menos en lo que hace al cumplimiento material) y en su caso suspender la operación hasta que estén dadas las condiciones mínimas para una práctica segura¹⁸.

El autor antes citado incluso reconoce que la regla cede frente a la prueba de faltas cometidas por miembros del equipo antes de la intervención siguiendo instrucciones del cirujano, lo cual evidenciaría no sólo el comienzo del funcionamiento del equipo, sino la existencia de un responsable que dirige y coordina¹⁹.

c) La responsabilidad del jefe de equipo

No cabe duda de que el jefe de equipo a la par de su tarea de "director" también cumple una prestación médica a título individual. Es decir que él despliega una actividad en su carácter de médico que puede ser la causa del perjuicio sufrido por el paciente. En este supuesto su responsabilidad surge por el hecho propio en los términos de los artículos 512 ó 1109 del Código Civil, según nos encontremos en uno u otro sector de la responsabilidad civil. En consecuencia aquí se aplican los principios generales de la materia y en nada influye la existencia del equipo.

Lo mismo sucede cuando la culpa puede ser atribuida a uno de los otros miembros del equipo. En este caso ese individuo también responderá a título personal por haber incurrido en un acto de responsabilidad directa o por el hecho propio.

La cuestión que ahora nos ocupa es determinar la eventual responsabilidad indirecta o por hecho ajeno del jefe de equipo cuando el perjuicio ha sido ocasionado por uno de sus auxiliares, haya sido o no individualizado.

En líneas generales, en este caso el jefe de equipo responde contractualmente por el hecho de los demás componentes del equipo, y a la misma solución se arriba si la relación entre profesional y paciente o herederos es extracontractual, por aplicación del artículo 1113 del Código Civil en su primer párrafo.

Hemos dicho que esta solución responde a las líneas generales, por lo que se hace preciso profundizar en los conceptos y en la casuística.

d) La medicina en la actualidad. La creciente especialización.

Como paso previo al análisis concreto de los supuestos de responsabilidad civil contractual o extracontractual del jefe de equipo médico, creemos importante desarrollar algunas ideas.

Hemos hablado del gran cambio operado en la medicina en la era actual, donde vemos cómo se ha pasado de un ejercicio individual del arte de curar a un ejercicio colectivo.

Una de las causas de este fenómeno es la creciente especialización que obliga a que para una misma cura o tratamiento médico se requiera la actuación de diversos profesionales, expertos en áreas muy concretas. Es que en estos tiempos resulta imposible que un mismo profesional conozca al mismo tiempo de todas las especialidades, y si así pretendiera hacerlo seguramente ello conspiraría contra los intereses del paciente, pues seguramente ese médico estaría muy limitado en sus conocimientos.

"Actualmente, por la propia complejidad de la ciencia médica y de las técnicas que conlleva, y las demás razones que exponemos, lo normal es la prestación colectiva, y no sólo eso, sino que también el acto médico propiamente dicho procede de varios facultativos, tanto en el nivel de toma de decisiones como en el de ejecución material del mismo"²⁰.

¹⁸ Insistimos en señalar la importancia de la casuística, pues la solución no siempre puede ser idéntica. Así, por ejemplo, puede variar si se trata de una cirugía de urgencia no programada.

¹⁹ TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, cit. p. 153

²⁰ LLAMAS POMBO, La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos, cit., p. 259. Continúa diciendo que "ya no se concibe una intervención quirúrgica sin la participación, además del cirujano - o cirujanos-, de una serie de personas que van desde el anestesista -unas veces con funciones de reanimación aparejadas y otras no- hasta enfermeros especializados, sin olvidar a todos aquellos que hacen posible que funcione el quirófano, como el ingeniero encargado del mantenimiento de los complejos aparatos que se emplean, o los que se ocupan de la limpieza y del cuidado del material."

Esta creciente especialización, si bien trae algunos inconvenientes como hemos visto - sobre todo al tratar de determinar al responsable por mala praxis-, por otro lado incide favorablemente en el tratamiento del paciente. Es que la misma permite un conocimiento más profundo de los diversos problemas y soluciones que se pueden presentar, y además posibilita que el médico aumente su concentración en las tareas que le son específicas confiando en la habilidad de los asistentes que cumplen con funciones independientes.

Esta especialización impone como necesidad una creciente colaboración entre diversos especialistas y estamentos de las ciencias de la salud, lo que a su vez trae aparejado un necesario reparto de competencias. Y este reparto de competencias o, dicho de otro modo, delimitación, diferenciación y coordinación de los deberes y competencias de cada uno de los miembros de un equipo es imprescindible para llegar a establecer la responsabilidad de cada uno de ellos y la del jefe del grupo. Ello para evitar una criticable exasperación de los deberes del cirujano jefe, como los riesgos de una responsabilidad imprecisa o difusa.

Desde el campo del Derecho Penal se han elaborado diversos criterios que tienen como fin delimitar responsabilidades, y si bien dichos criterios no son trasladables enteramente a la responsabilidad civil, sí pueden orientar las soluciones en aras de respetar esta nueva forma de ejercicio de la medicina que, en definitiva, se ha establecido en beneficio de los pacientes.

Así entre otras soluciones se ha recurrido a los criterios de "división del trabajo" y al "principio de confianza".

e) El principio de división del trabajo

Este principio es derivado de la creciente especialización de la que venimos hablando y su auténtico justificativo reside en permitir al médico dedicarse, con la concentración necesaria, a los cometidos específicos para los que está cualificado, y en garantizar, con una distribución razonable de tareas entre cada uno de los miembros del equipo médico, la

eficaz protección y la adecuada asistencia médica al paciente²¹.

Responde a la nueva realidad en la cual cada miembro del equipo médico está preparado para el cumplimiento de una función específica para la cual se requieren, a su vez, conocimientos especiales sobre los que muchas veces los demás miembros no están suficientemente capacitados, incluido el propio cirujano jefe.

Este principio de división del trabajo hace imprescindible analizar cuáles son las funciones que desempeña cada uno de los integrantes y a partir de allí establecer cuáles son los deberes de cuidado de cada uno de los miembros del grupo. En esta tarea no cabe establecer reglas generales, sino que hay que analizar cada caso en concreto. Así debe tenerse muy en cuenta la clase y urgencia de la intervención quirúrgica, la modalidad de la división de trabajo, el estado de formación y la fiabilidad de los colegas y colaboradores²². A su vez, en este análisis debe tenerse muy en cuenta y por encima de todo la eficaz protección del paciente, pues a ello apunta el principio de división del trabajo²³.

A los efectos de establecer con precisión las responsabilidades que le caben a cada miembro en particular del equipo, es de suma importancia la normativa sanitaria que establece las competencias y tareas del citado personal. Así, por ejemplo, es de consulta ineludible la reglamentación de cada una de las especialidades reconocidas en la ciencia médica para lo cual se deberá requerir el informe correspondiente a los respectivos colegios profesionales. Así también son una pauta importante las leyes que reglamentan diversas profesiones, tales como la 17.132 para el ejercicio de la medicina, o la 24.004 que reglamenta el ejercicio de la enfermería (ambas a nivel nacional).

La división del trabajo puede ser clasificada en horizontal y vertical.

La división del trabajo horizontal, o división de trabajo en sentido estricto, es la que se da entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situaciones de

²¹ BARREIRO. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. cit., p. 115 y siguientes.

²² WILHELM, D., *Verantwortung und vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin. Deutschland*; 1984, citado por Agustín Jorge BARREIRO, en La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit. p. 127.

²³ Algunos autores hablan de los peligros propios que genera la división del trabajo. Como señala Carstensen -cit., por Barreiro- "a medida que avanza la división del trabajo y la especialización aumentan los peligros". Entre las fuentes de peligro más comunes se menciona a: 1) La cualificación deficiente de los colaboradores; 2) los fallos en la comunicación entre los diversos miembros; 3) la coordinación defectuosa como también los fallos de organización, y 4) la deficiente evaluación de la capacidad o conocimientos médicos. BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit., p. 116.

igualdad. El caso típico es la relación establecida entre el cirujano y el anestesista sobre la que volveremos más adelante.

La división del trabajo vertical, o más correctamente delegación, se refiere a una situación donde está manifiestamente presente una relación de jerarquía, estableciéndose una relación de supra y subordinación. El ejemplo típico se da entre el cirujano jefe y los cirujanos asistentes o entre el jefe y los enfermeros.

En el primer caso la división de trabajo es patente y es donde hay que poner mayor atención en la delimitación de responsabilidades. En la división de trabajo vertical o delegación, la relación de supra y subordinación hace que muchas veces el jefe responda por la culpa de los auxiliares.

f) La división del trabajo vertical

Quedó dicho que la típica relación en la cual se ve la división de trabajo vertical es la que se da entre el cirujano jefe, los médicos ayudantes y el personal de enfermería.

En estos casos, estando presente esa relación de supra y subordinación, será más fácil responsabilizar al jefe de equipo por la culpa del subordinado, aunque bien puede darse una situación contraria cuando la división de funciones surja con toda nitidez, así, por ejemplo, cuando la tarea del subordinado haya sido sumamente específica y haya escapado a todo control por parte del médico jefe.

Para Wilhein, los elementos estructurales que caracterizan esta modalidad vertical de la división del trabajo son: "1) el orden jerárquico de distribución de deberes como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos; 2) la relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación; y 3) la delegación que afecta no sólo a la actividad del colaborador subordinado sino también a lo que puede suponer de desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas"²⁴.

En esta relación, el cirujano jefe conserva esa posición de preeminencia que lo equipara al director de orquesta o "capitán del barco", pero esto lo decimos sin perjuicio de las diversas particularidades de cada caso en concreto.

Como lo venimos diciendo, aquí también resulta fundamental determinar qué cometidos son específicos del personal subordinado, es decir, aquellas tareas en las cuales este personal goza de absoluta autonomía. Sobre lo particular, la Ley 24.004 sobre el "ejercicio de la enfermería", entre otras disposiciones establece:

"... artículo 2) El ejercicio de la enfermería comprende las funciones de promoción, recuperación y rehabilitación de la salud, así como la de prevención de enfermedades, realizadas en forma autónoma dentro de los límites de competencia que deriva de las incumbencias de los respectivos títulos habilitantes; ... artículo 9) Son derechos de los profesionales y auxiliares de la enfermería...b) asumir responsabilidades acordes con la capacitación recibida, en las condiciones que determine la reglamentación; ... artículo 10) Son obligaciones de los profesionales o auxiliares de la enfermería...d) ejercer las actividades de la enfermería dentro de los límites de competencia determinados por esta ley y su reglamentación; ... artículo 22) En ningún caso será imputable al profesional o auxiliar de enfermería que pudieren provocar los accidentes o prestaciones insuficientes que reconozcan como causa la falta de elementos indispensables para la atención de paciente, o la falta de personal adecuado en cantidad y/o calidad o inadecuadas condiciones de los establecimientos..."

Vemos cómo la propia ley brinda algunas pautas y es de esperar que la reglamentación complete este marco normativo.

Dentro del diverso cúmulo de actividades que puede cumplir el personal de enfermería, las que pueden llegar a comprometer la responsabilidad del cirujano jefe son aquellas que se corresponden con la actividad auxiliar médica, que consiste en la ayuda en las acciones propias del médico. Es importante tener presente que en estas tareas, el médico no podrá delegar jamás en la enfermera cometidos propios de un médico ayudante, pues la asistencia de aquella dentro de una intervención ha de ser indirecta, simplemente auxiliar y marginal, limitándose a una actividad meramente mecánica.

El médico sólo podrá delegar en el personal de enfermería aquellas tareas que son de competencia propia de dicho estamento, y para los cuales reúne la capacitación suficiente.

En el Derecho español se ha determinado la responsabilidad de la enfermera por la muerte de un niño recién nacido, por haber preparado negligentemente

²⁴ Citado por BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit. p. 147.

el biberón que contenía sustancias tóxicas²⁵. En otro caso, a un cirujano que realizó con acierto una operación, no le pudo ser imputada responsabilidad alguna respecto a ulteriores actividades secundarias o complementarias -vigilancia del operador para que no se levante inmediatamente y beba agua en la habitación, después de ser sometido a una delicada intervención - que él no pudo atender por sí mismo y de las que por su carácter individual no tenía obligación de responder. Otro caso en que se estableció la responsabilidad individual del enfermero fue aquél en que éste suministró a un bebé una dosis de sodio cinco veces superior a la prescrita por el médico, lo que originó la muerte del niño²⁶.

En nuestro país se registra un antecedente en el cual se ve con claridad la aplicación de la tesis de división del trabajo". En la oportunidad se dijo que:

"La responsabilidad por la culpa o negligencia de las enfermeras en el ejercicio de sus funciones, no puede recaer bajo la órbita del médico de cabecera, salvo cuando su dependencia fuera expresa, que debe quedar limitada en todo en cuanto se refiera a la actividad puramente profesional de éste, y en cambio lo que caiga bajo una prestación técnica de servicios, la responsabilidad pesa sobre el locador de servicios"²⁷.

En los Tribunales de Rosario se registra un antecedente en el cual el médico pretendió excusar su responsabilidad alegando -en forma tácita- el principio de división del trabajo vertical, pero sin tener respuesta positiva por parte de los jueces. En el caso se trataba de un cambio de pacientes que debían ser sometidos a operaciones distintas. En el fallo se lee:

"Existe negligencia del médico que omite tomar una mínima precaución tendiente a comprobar la verdadera identidad del paciente, ya que es de rigor realizar una verificación sobre las conclusiones clínicas del paciente antes de efectuar una intervención quirúrgica... La responsabilidad de la enferme-

ra que cambia el paciente y no informa al médico del cambio, no libera de culpabilidad al facultativo interviniente en la operación"²⁸.

Hemos dicho que la división vertical del trabajo se da también entre el médico jefe y los médicos auxiliares o residentes. En estos casos, como no existe autonomía científica entre ambos profesionales, siempre estamos frente a una delegación de las funciones propias del jefe de equipo, lo que lo responsabiliza por la culpa del médico delegado.

En este sentido, en un excelente estudio de la jurisprudencia²⁹ se indica que generalmente subsiste la responsabilidad del delegante, generalmente el cirujano jefe:

"Cuando el cirujano jefe delega en uno de sus médicos del equipo lo que hay en éstos casos es una simple cesión temporal del contrato de locación de servicios... Esta cesión, o mejor dicho delegación de un médico a otro, de ningún modo exime al delegante de la eventual responsabilidad en que pudiera llegar a incurrir, sea por sus propios errores, sea por los del médico sustituto frente al paciente, a condición, naturalmente de que esa deficiencia, omisiones, descuidos o negligencias se demuestren con prueba irrefutable"³⁰.

g) La división del trabajo horizontal. El caso especial de los anestelistas.

La división de trabajo horizontal es la que se da entre profesionales que por su grado de formación, competencia e independencia, actúan en situación de igualdad, aunque sin llegar a desconocer la supremacía del jefe de equipo en cuanto a sus funciones de organización y supervisión.

El caso típico es la relación cirujano-anestesta, y es a la que mayor atención se ha prestado, tal vez porque un alto porcentaje de juicios por mala praxis han tenido como origen un daño provocado por la administración de anestesia. Pero ello no descarta

²⁵ Citado por MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel, en: La imprudencia punible en la profesión sanitaria, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid: Cóllex, 1985, p. 92.

²⁶ En estos casos la responsabilidad no alcanzó al médico, sin perjuicio de que el ente asistencial - clínica, sanatorio, etc. - sí puede ser responsable.

²⁷ Cám. 1º Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala B, 9/4/81, RepLL, XKI-918, sum. 245.

²⁸ Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala II, 4/8/93, Juris, 72-181

²⁹ URRUTIA, Deborah Myriam - César Amílcar - Gustavo Ariel, Actualización de jurisprudencia sobre la responsabilidad civil de los médicos, LL, ejemplar del 22/7/91.

³⁰ CNEsp. Civ. y Com., Sala IV, 11/11/85, RepLL, 1986-575-299.

que los principios puedan ser aplicados a la relación que se da entre el cirujano jefe y otros profesionales, tales como radiólogos, cardiólogos, anatomopatólogos, etc., que pueden formar parte del equipo quirúrgico.

Como regla general se sostiene que en casos de concurrencia de profesionales con autonomía científica y técnica, las responsabilidades son independientes, aunque el jefe de equipo pueda ser alcanzado en supuestos en que éste pudo o debió vigilar los actos de sus colaboradores³¹.

La cuestión merece mayores precisiones y a ello nos volcamos a continuación.

Como decíamos, gran número de autores al analizar la responsabilidad del jefe de equipo, dedican especial atención a la relación entre éste y el anestésista, llegando a sostenerse que éste último se encuentra en una situación dominante por sobre el cirujano. En este sentido se ha dicho que "...una consideración especial merece la situación del anestésista, a quien se le reconoce - en ocasiones- que ocupa una posición dominante sobre la del cirujano, muy especialmente, quizá, porque tiene a su cargo al enfermo por más tiempo que aquél, pues antes de la operación prepara el sueño del enfermo y después de la operación lo asiste hasta que despierta"³². Con claro sentido de la realidad se afirma que el anestésista es el primero en ingresar al quirófano y el último en retirarse³³.

Para Llamas Pombo, el hecho de la gran cantidad de reclamos indemnizatorios en los que se ven involucrados anestésistas no obedece tanto a que estos

especialistas cometan mayor número de errores, sino más bien a que las consecuencias de ellos son, por lo general, sumamente graves³⁴. Téngase presente que en la mayoría de las veces que existen complicaciones serias con la anestesia, el paciente fallece o queda descerebrado.

En síntesis, se puede decir que el anestésista ocupa un lugar muy especial dentro del equipo médico, situación que viene dada por la particular autonomía de su actividad, lo que permite decir que no puede hablarse ligeramente de subordinación entre el cirujano jefe y este especialista. Entre ambos se ve nítidamente la división del trabajo de la que venimos hablando³⁵. El cirujano se ocupa de la operación propiamente dicha, mientras que el anestésista debe elegir el procedimiento para insensibilizar al paciente, lo que hará previa revisión del mismo y de sus antecedentes de salud, así mismo debe ocuparse *a posteriori* de la total recuperación de los sentidos, lo que se realiza una vez terminada la intervención³⁶. En este reparto de tareas pueden existir diferencias de criterios entre el jefe de equipo y el anestésista, siendo por lo general el jefe de equipo quien luego de escuchar al segundo toma la decisión final, y aquí sin ninguna duda puede quedar comprometida la responsabilidad del cirujano. Lo mismo en cuanto al control de los actos materiales llevados a cabo por el anestésista³⁷.

Es común encontrar en la jurisprudencia casos en los cuales se producen complicaciones con la anestesia y el anestésista no se encuentra en el quirófano. Si el jefe del equipo toleró injustificadamente esa ausencia también puede llegar a resultar responsable.

³¹ Ver URRUTIA, Deborah Myriam - César Amílcar - Gustavo Ariel. Actualización de jurisprudencia sobre la responsabilidad civil de los médicos, LL, ejemplar del 22/7/91.

³² TRIGO REPRESAS y STIGLITZ. El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, cit. p. 154.

³³ MOSSET ITURRASPE y LORENZETTI, Contratos médicos, cit. p. 187, afirman que la doctrina jurídica y la ciencia médica coinciden en considerar al anestésista como un médico autónomo, con obligaciones y consecuentes responsabilidades propias.

³⁴ LLAMAS POMBO, La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos, cit. p. 331. Para este autor el problema de la determinación del responsable en la relación cirujano-anestésista se plantea recientemente a partir de la concepción de la anestesiología y reanimación como una auténtica especialidad médica. Recuerda que en Francia se reconoce a esta especialidad en el año 1945.

³⁵ TRIGO REPRESAS y STIGLITZ. El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, cit., citan a Frey, Hugin y Mayrhofer, que en la obra Tratado de anestesiología, reanimación y tratamiento intensivo, dicen que el anestésista se halla al mismo nivel jerárquico del cirujano siendo su responsabilidad análoga a la de éste. Entre las funciones del anestésista detallan la de "abolir la sensibilidad en una región reducida o extensa del cuerpo y suspender premeditadamente la respiración espontánea y, en ocasiones, durante largo tiempo, anulando la actividad de los centros respiratorios o el estímulo fisiológico de la respiración. Bloquea la conexión entre nervios y músculos, y paraliza el cuerpo. En suma, se puede influir así ampliamente sobre funciones vitales tales como la sensibilidad, la percepción, estado consciente, respiración, circulación, conducción nerviosa y metabolismo".

³⁶ Así se afirma que el anestésista sólo está sujeto a las instrucciones del cirujano en cuanto a la duración de la intervención o la zona a anestésiar. FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., Responsabilidad civil médico sanitaria. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1984.

³⁷ Existe un caso particular extraído por Llamas Pombo de la jurisprudencia francesa según el cual, en caso de duda sobre la posición en que debe ser colocado el paciente sobre la mesa de operaciones, corresponde decidir al anestésista. Sent. Cass. Civil, 25/5/71.

En España existe un antecedente en el cual un cirujano llevó a cabo una cesárea con un anestesista que atendía en dos quirófanos a la vez. En un momento se presentó un cuadro cianótico en la paciente y hubo que llamar al anestesista, pero cuando éste se presentó todo intento de reanimación fue infructífero. La condena alcanzó a ambos profesionales³⁸.

En nuestro país es famoso un antecedente semejante, en el cual el tribunal sostuvo:

“Incorre en una gravísima negligencia el médico anestesista al ausentarse de la sala de operaciones para efectuar llamadas telefónicas antes de la finalización del acto quirúrgico produciéndose en el ínterin una pérdida de oxígeno incontrolada del aparato de anestesia que causa la destrucción completa de la masa cerebral de la paciente, falleciendo ésta meses más tarde.

Es así mismo, responsable el cirujano jefe que no debió admitir que el sistema de oxigenación hubiere quedado sin control o el retiro del anestesista”³⁹.

Existe otro antecedente de nuestros Tribunales en el cual la condena también alcanzó tanto al cirujano como al anestesista. En el caso, el cirujano en dos oportunidades advirtió al anestesista la presencia de sangre negra y, no obstante, el último aconsejó proseguir con la operación. En la ocasión, y entre otros considerandos, el tribunal sostuvo:

“Es cierto que no compromete al cirujano la tarea de oxigenación del paciente, propia de la función del anestesista, al igual que el control de los parámetros vitales, pero también lo es que advertidos cualquiera de los trastornos de la ventilación era obligación suya suspender la operación hasta que hubieran desaparecido... Si no obtenía respuesta adecuada a la advertencia que venía formulando de la aparición de sangre negra, ya en la primera oportunidad debió haber interrumpido el acto quirúrgico, cualquiera hubiera sido la condición del anestesista, máxime si como lo afirma era la primera vez que actuaba con ese auxiliar. Es obligación común del cirujano suspender la operación hasta que los trastornos de la ventilación desaparezcan, al punto de que si hubiera sido suspendida la operación ante la

primera de aquellas advertencias, el paro cardiorrespiratorio no habría ocurrido. De ahí que, esa sola circunstancia comprometa la responsabilidad del cirujano que es quien dirige la totalidad del acto quirúrgico y debe disponer las medidas correctivas ante cualquier síntoma de alarma que se suscite..”⁴⁰.

Como puede apreciarse, la división del trabajo que se opera entre cirujano y anestesista si bien es clara, no en todos los casos exime de responsabilidad al jefe de equipo. Pero también debe alertarse sobre aquellos supuestos en los cuales la negligencia del anestesista no puede ser imputada indirectamente al jefe de equipo. Creemos que la cuestión pasa precisamente por delimitar las funciones propias de cada especialista y en analizar si el cirujano pudo controlar o estuvo a su alcance la posibilidad de controlar el acto u omisión del anestesista que desencadenó el daño.

Es decir que el principio de división del trabajo lleva a responsabilizar indirectamente al jefe de equipo cuando éste tuvo el derecho a controlar los pormenores y la forma en que actuaban los integrantes de su equipo. Es éste un principio que debe quedar en claro y que es el que se refleja en los fallos citados.

Como señala Barreiro, “...hay que destacar, frente a un autorizado sector doctrinal, la autonomía absoluta -dentro del ámbito de las funciones que le son propias como médico especialista- del anestesista respecto al cirujano. Sostener lo contrario -es decir, la primacía del cirujano y la dependencia del anestesista - iría en contra del principio de división de trabajo médico y llevaría a desconocer el auténtico sentido que debería tener la vigencia del principio de confianza. Con otras palabras, supondría negar algo evidente en la medicina actual: la interdependencia y el plano de igualdad en el que se encuentran cirujano y anestesista, al desarrollar la actividad médico-quirúrgica”⁴¹.

No desconocemos valiosas opiniones que, pese a reconocer la plena autonomía científica del anestesista, sostienen que ella no exime de responsabilidad al jefe de equipo porque entre éste y el anestesista existe una relación de dependencia⁴².

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español, 10/10/79.

³⁹ CNCiv., Sala C, 24/8/82, DE, 102-204.

⁴⁰ CNCiv., Sala C, 24/8/89, DE, 135-757.

⁴¹ BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit.p. 140.

⁴² GHERSI, Responsabilidad por prestación médico asistencial, cit. p. 98.

Creemos que no se puede generalizar sino que, como lo venimos diciendo, corresponde analizar cada caso concreto, máxime en la actualidad en que como regla general los pacientes contratan directamente con el anestesista⁴³.

h) El principio de confianza

Al igual que el principio de división del trabajo, el principio de confianza también ha sido utilizado frecuentemente -y sobre todo en materia penal- como criterio limitador de la responsabilidad de los miembros del equipo quirúrgico.

Esta teoría significa que el cirujano, en principio, puede confiar en que sus colaboradores se comportarán de manera diligente, lo que permite al cirujano desentenderse de ciertas cuestiones que pueden ser asumidas por otros miembros del equipo, evitando así la sobrecarga del primero.

Este principio tiene una limitación y es que no puede ser invocado cuando el cirujano conoce o debió conocer la escasa preparación de sus asistentes. Es decir que la operatividad del principio de confianza queda excluida cuando en el caso concreto se percibe un fallo grave de otro colega, o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad que justifiquen precisamente la pérdida de esa confianza.

De esta manera se evita que el cirujano tenga que estar pendiente de absolutamente todo lo que sucede dentro del quirófano. Un médico que así proceda seguramente nunca sería civilmente responsable, pero tampoco sería un buen médico porque no podrá dedicarse por entero a su estricta misión.

Como regla general se puede decir que impera el principio de confianza, salvo las excepciones apuntadas.

4. EL FUNDAMENTO LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL JEFE DE EQUIPO.

a) Preliminar.

Insistimos en que cuando tratamos la responsabilidad médica en el acto de equipo lo hacemos para analizar primordialmente la responsabilidad que le puede caber al cirujano jefe por los actos de los demás integrantes, ello sin perjuicio de la común responsabilidad por hecho propio que le corresponde al verdadero causante del daño. Asimismo también el cirujano jefe puede incurrir en responsabilidad si él personalmente comete el acto dañino en los términos del artículo 1109 del Código Civil. No olvidemos que el jefe de equipo, a la par de su función jerárquica, también desempeña el papel más importante desde el punto de vista médico dentro del quirófano.

En definitiva, la responsabilidad del jefe de equipo en estos casos es una responsabilidad indirecta o por hecho ajeno por lo que corresponde buscar su fundamento legal.

En razón de que nuestro Código Civil consagra la clásica división de la responsabilidad civil en los sectores contractual y extracontractual, el enfoque debe realizarse distinguiendo aquellos casos en los cuales entre el reclamante y el profesional existe o no relación negocial previa, sin perjuicio de tener presente la posibilidad de opción del artículo 1107 del Código Civil⁴⁴.

b) Responsabilidad extracontractual del jefe de equipo

La responsabilidad extracontractual del jefe de equipo por el hecho de los demás integrantes sin duda

⁴³ BARREIRO, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit. p. 140 y ss., a los efectos de delimitar con mayor precisión las distintas competencias del cirujano y del anestesista, distingue las distintas fases de la actividad médico-quirúrgica. Así menciona la fase preoperatoria, la fase intraoperatoria y la fase posoperatoria. En la primera etapa juega un papel importantísimo el examen previo del paciente para poder decidir la estrategia anestésiológica. El anestesista debe analizar además todo el historial clínico del paciente y a la luz del plan de operación programado por el cirujano, decidir el procedimiento de narcosis adecuado. Si el anestesista considera inoportuno el suministro de anestesia debe informar sobre el particular en forma detallada al cirujano solicitando en su caso un cambio en el plan quirúrgico. En caso de discrepancias la decisión la toma el cirujano sin perjuicio de la posibilidad -si la emergencia lo permite- que tiene el anestesista de apartarse de la intervención. En la etapa intraoperatoria, uno de los problemas más frecuentes se da cuando ante un incidente grave se plantea el difícil dilema de interrumpir la operación con los riesgos que ello pueda aparejar, o continuar con la misma con la puesta en peligro del paciente. Aquí también se sostiene que la palabra última la tiene el cirujano. Por último, en la etapa posoperatoria cobra importancia el deber que tiene el anestesista de vigilar la evolución del paciente.

⁴⁴ Sobre los múltiples inconvenientes que trae aparejada la división de la responsabilidad civil como así también de la falta de fundamento de la misma, la doctrina nacional se ha ocupado con delicada atención en múltiples oportunidades. Por nuestra parte en la tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires y que fuera calificada con sobresaliente con recomendación al premio Facultad por el jurado integrado por los doctores Jorge Bustamante Alsina, Alberto J. Pardo y Félix Trigo Represas, hemos criticado duramente la división y brindamos fundamentos para una unificación del Derecho de Daños. Por lo tanto creemos que no es ésta la oportunidad para extendernos sobre un tema que ya no merece más polémica.

alguna encuentra su ubicación normativa en el primer párrafo del artículo 1113 del Código Civil⁴⁵.

Se trata de la clásica responsabilidad del principal por el hecho de dependiente, la que supone una serie de condiciones o requisitos para su funcionamiento⁴⁶.

Esta responsabilidad hoy en día es concebida como una responsabilidad objetiva con fundamento en la idea de garantía, pues han quedado mayoritariamente descartadas las tesis de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. De ahí que estando reunidos los requisitos de procedencia de esta responsabilidad, al principal le resulte insuficiente la prueba de su no culpa. En todo caso, el comitente deberá demostrar el *casus* interruptivo de la relación causal, o bien la falta de requisitos de procedencia de su responsabilidad indirecta⁴⁷.

En cuanto a los requisitos específicos de procedencia de esta responsabilidad, se suelen enumerar los siguientes: a) relación de dependencia; b) que el acto haya sido ejecutado en ejercicio o en ocasión de la función propia del dependiente. Por supuesto que además deben sumarse los presupuestos generales del deber de responder, tales como el daño la relación causal y el factor de atribución (tanto por parte del principal -garantía- como por parte del dependiente).

De todos estos requisitos el que más atención merece es el de la relación de dependencia que debe existir entre el principal y su agente. Al respecto, el concepto de dependencia ha ido evolucionando notablemente ampliándose cada vez más su contenido. Desde ya que la relación de dependencia contemplada por el artículo 1113 del Código Civil no queda restringida a la típica relación de dependencia propia del derecho del trabajo. Pero el asunto es determinar hasta dónde se puede extender dicho concepto. Sobre el particular Garrido y Andorno exponen que la idea de relación de dependencia "...ha tomado con el transcurso del tiempo una

extensión tal que admite considerar existente a la relación de dependencia aun en supuestos aparentemente dudosos. Por eso nuestra doctrina ha indicado que existe dependencia cuando se da el derecho del civilmente responsable, para dar al autor material órdenes o instrucciones en cuanto a la manera de cumplir las funciones que le ha confiado; que posee las facultades de darle órdenes, un poder de mando"⁴⁸.

En líneas generales se puede afirmar que existe dependencia en los términos del artículo 1113 del Código Civil, cuando el principal tiene el poder de impartir órdenes o instrucciones, aunque dicho poder no haya sido ejercido en forma efectiva en el caso concreto. Basta por ello que el "principal tenga algún poder de supervisión sobre los medios y métodos empleados, aunque no concurra una estricta subordinación jerárquica"⁴⁹.

En las Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en octubre de 1990, la Comisión No. 2 trató el tema de la "Responsabilidad contractual por hecho ajeno y extracontractual por el hecho del dependiente". En dicha oportunidad adherimos a los despachos mayoritarios, entre los que vale recordar los siguientes (referidos al ámbito extracontractual): 1) La responsabilidad por el hecho del dependiente (artículo 1113, párr. 1º, Código Civil) es indirecta y objetiva. El fundamento es la garantía. 2) La dependencia debe ser aprehendida con un criterio de amplitud. Ella existe cuando media una autorización para obrar proveniente del principal, y a condición de que éste posea un poder efectivo o virtual de impartir órdenes o instrucciones.

Por nuestra parte, y hecho este breve repaso de la teoría general, en el caso concreto de la responsabilidad del jefe de equipo creemos que deben tenerse muy en cuenta las cuestiones expuestas con anterioridad. Efectivamente, como regla general los miembros del equipo médico pueden ser juzgados como dependientes del cirujano jefe y por ello

⁴⁵ Ver BUERES. Responsabilidad civil de los médicos. cit., p. 147 y siguientes.

⁴⁶ Ver sobre el tema GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis. El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1983, Cap. I; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1980; de la misma autora, más recientemente, Personas, casos y cosas en el derecho de daños. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1991, Cap. III, p. 71 y siguientes.

⁴⁷ Matilde Zavala de González rechaza la idea de garantía como factor de atribución en este tipo de responsabilidad. Para la jurista cordobesa, "la responsabilidad del principal es directa desde el punto de vista del fundamento, debido a que hay una razón propia y personal que la justifica, a pesar de que esa razón se conecte con la dependencia". Para Zavala de González el fundamento debe buscarse en la idea del riesgo creado. Ver su libro Personas, casos y cosas en el derecho de daños, cit. p. 75 y siguientes.

⁴⁸ GARRIDO y ANDORNO, El art. 1113 del Cód. Civil. Comentado. Anotado, cit., ps. 18-19.

⁴⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Personas, casos y cosas en el derecho de daños, cit., p. 85, continúa diciendo que "lo fundamental es el desenvolvimiento de una actividad a la que el comitente no es ajeno de algún modo, sea que exista dependencia en el sentido clásico

responsabilizan a éste cuando cometen un perjuicio injustificado.

Pero la responsabilidad del jefe de equipo sólo puede extenderse hasta donde éste efectivamente pudo ejercer algún control o supervisión. Así, por ejemplo, ninguna duda cabe de que existe relación de dependencia cuando el cirujano jefe permite que parte de la intervención quirúrgica sea realizada por un médico auxiliar. Pero pensamos que en los casos en los cuales el cirujano jefe no puede realizar dicho control por tratarse de una prestación que requiere conocimientos especiales, y que quien la practica posee autonomía suficiente como para decidir el camino a seguir, la responsabilidad indirecta que tratamos no puede alcanzarlo. Es lo que sucede respecto al suministro de una anestesia. El cirujano podrá ser responsable en tanto y en cuanto haya podido supervisar al anestesista, así, por ejemplo, controlar que haya visitado previamente al paciente para realizar los exámenes de rigor, que esté presente durante toda la operación, que preste atención a su función, etc. Es decir, tareas que el jefe de equipo puede controlar y dirigir. Pero pensamos que si la droga utilizada no era la correcta, en este caso no puede hablarse de dependencia porque se trata de una materia que escapa al control del cirujano jefe. En el caso la responsabilidad como regla general sólo puede alcanzar al anestesista.

Digamos, por último, que en caso de demandarse al jefe de equipo juntamente con el integrante del grupo autor del perjuicio, ambos responden solidariamente, pues en el caso estamos frente a una obligación *in solidum*⁵⁰.

c) Responsabilidad contractual del jefe de equipo.

Debemos ubicarnos ahora en lo que Banchio denomina responsabilidad obligacional del deudor por el hecho de otro, tema que ha ocupado la atención de la doctrina nacional y extranjera⁵¹.

Esta temática también fue abordada en las ya citadas Cuartas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en octubre de 1990.

Bueres realiza una minuciosa y profunda enumeración de las diversas teorías que se han elaborado para justificar la responsabilidad ahora en análisis. Recuerda el mencionado jurista que en nuestro país la tendencia mayoritaria parecería apuntar a la noción de prestación o a la estructura de la relación obligatoria para justificar la responsabilidad del deudor. En su virtud, el sujeto obligado se encontraría en la necesidad de cumplir el deber jurídico por sí o por medio del tercero empleado circunstancialmente⁵².

Para esta teoría lo fundamental reside en la irrelevancia jurídica de la sustitución operada en cuanto a la persona que se obliga y quien efectivamente desarrolla la prestación, y en la equivalencia de comportamientos. De esta manera se equipara el comportamiento del tercero introducido en el cumplimiento de la obligación, con el propio comportamiento del obligado originario. El hecho del tercero en consecuencia se equipara al hecho del propio deudor⁵³. La teoría que se fundamenta en la estructura de la obligación parece ser defendida también en España por Ataz López, cuando sostiene: "... en consecuencia, como en el contrato médico es el facultativo el que se compromete a desplegar su actividad, si para determinados cuidados que no realiza él personalmente, delega en un auxiliar, el médico será responsable también de la calidad de estos cuidados, ya que toda culpa del auxiliar supondrá una contravención de aquello a lo que se había obligado el médico mismo: los cuidados no habrán sido conformes a las reglas del arte, o no habrán sido lo suficientes, o los necesarios. En cualquier caso el responsable sería el facultativo que es quien incumple el contrato"⁵⁴.

⁵⁰ Sobre este tipo de obligaciones consultar el trabajo de ANDORNO, Luis O. La responsabilidad civil y la obligación "*in solidum*". JA, Doctrina, 1972-429 y siguientes.

⁵¹ BANCHIO, Enrique C. Fundamento de la responsabilidad obligacional del deudor por el hecho de otro. En la obra colectiva "Contratos". Buenos Aires: Ed. La Rocca, 1989, p. 235.

⁵² BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., ps. 153-154

⁵³ Ver desarrollo de esta teoría en BUERES, Alberto J., Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos. Buenos Aires: Ed. Abaco, 1981 p. 22 y ss.; LORENZETTI, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p. 152 y siguientes.

⁵⁴ ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Ed. Montecorvo, 1985, p. 371. En nuestro país quienes desarrollaron con más precisión esta tesis han sido Mosset Iturraspe y Anteo Ramella. Parecen sostenerla también Trigo Represas-Stiglitz en su libro El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, cit., p. 163, donde al referirse a esta responsabilidad indirecta del jefe de equipo, sostienen que "la cuestión examinada se halla estrechamente relacionada con la estructura misma de la relación obligacional en cuanto consiente que el interés del acreedor pueda ser satisfecho a través de la ejecución directa de la prestación por el deudor o por un tercero". Se atribuye la paternidad de esta teoría al italiano GIOVINE, Achille. *Causa strana e responsabilità contrattuale per fatti altrui*. En: "Rivista di Diritto Commerciale", 1929, parte 1. n.º 8.

Por nuestra parte consideramos que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la existencia de una obligación tácita de seguridad, por la cual el jefe de equipo se compromete por el hecho de sus auxiliares⁵⁵. Ahora bien, esa obligación de seguridad que asume el jefe de equipo garantiza sólo aquellas prestaciones que realizan sus dependientes y que ha tenido la posibilidad de controlar o efectivamente ha controlado o supervisado. No es que el fundamento sea la culpa *in vigilando*, sino que en realidad no está en condiciones de garantizar un resultado que sea ajeno a su posibilidad de actuación. Esto último tiene importancia suprema cuando el perjuicio es cometido por un profesional con autonomía -tal el caso del anestesista. Aunque generalmente cuando se trata de un profesional con cierta autonomía, como el caso del anestesista, estamos frente a contrataciones individuales, por lo que el jefe de equipo no asume esa obligación de seguridad de la que hablamos, sin perjuicio, claro está, de su responsabilidad directa por su propia culpa de haber causado el daño en coparticipación con el profesional autónomo⁵⁶.

En esta hipótesis se encuentra también presente la idea de garantía que da fundamento a esta responsabilidad⁵⁷.

Por último, cabe señalar que también en este caso frente a la víctima son solidariamente responsables el jefe de equipo y el auxiliar que ha sido agente directo del daño. Dicha solidaridad surge en el orden nacional por imperio del artículo 19, inciso 9,

de la Ley 17.132. Sin perjuicio de ello la doctrina considera que estamos aquí frente a un supuesto de obligaciones *in solidum*⁵⁸.

Respecto a la solidaridad legal que establece en el ámbito nacional el artículo 19, inciso 9, de la Ley 17.143, creemos, con Bueres, que sólo concierne a la responsabilidad del médico jefe por el hecho de sus auxiliares (o dependientes), no alcanzando a los facultativos que actúan individualmente.

De todas maneras, para justificar la posibilidad de demandar el todo a cualquiera de los responsables, la doctrina y jurisprudencia han admitido pacíficamente la existencia en el caso de obligaciones concurrentes generándose así una responsabilidad *in solidum*⁵⁹.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA COLECTIVA

Como afirma Bueres, la intervención de médicos que no forman un equipo pero que asisten en común a un mismo paciente, podrá dar lugar a la responsabilidad colectiva cuando no pueda individualizarse el causante del daño. Asimismo, para el citado autor, también dentro del equipo médico podrá existir responsabilidad colectiva si el paciente contrató con cada integrante individualmente y no es factible precisar el origen del daño⁶⁰.

En cuanto a la responsabilidad colectiva, hoy en día es admitida ampliamente en nuestro país tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia⁶¹.

⁵⁵ Sobre la obligación de seguridad, ver VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto, La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y Ley de Contrato de Trabajo. Rosario: Ed. Véllez Sárfeld, 1988.

⁵⁶ Insistimos que la casuística es inmensamente rica por lo que resulta sumamente difícil contemplar todos los casos que pueden presentarse, sobre todo teniendo en cuenta las diversas modalidades de contratación del equipo médico y de cada uno de sus integrantes. Para una visión detallada ver BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p.176 y ss. Para este destacado especialista tampoco cabe hablar de responsabilidad del jefe de equipo por el hecho de las enfermeras por cuanto en el caso no existe ni siquiera una dependencia ocasional. "Cuadra entender que el medio, la infraestructura hospitalaria, impone cierta utilización de enfermeras por parte del cirujano, mediante una actividad que el paciente acepta y de la que no puede formularse reproche de aquel" (P.179). En su clásico libro, Bueres cita un fallo de la cámara Civil de Mar del Plata en el cual el tribunal decidió que la solidaridad no se presume en el caso de una intervención quirúrgica en la que colaboran varios profesionales que actúan con autarquía en sus distintas especialidades y, en consecuencia, el cirujano no es garante ni responsable de la actuación del médico transfusionista o del anestesista, dado que están ausentes la relación de subordinación y la garantía del resultado. El fallo es del 10 /11/75, publicado en JA, 1976 -III -163.

⁵⁷ Ver BUERES, Responsabilidad civil de los médicos, cit., p.159 y siguientes.

⁵⁸ Ver TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, El seguro contra la responsabilidad civil profesional del médico, cit., p. 172 y siguientes.

⁵⁹ De no ser así regiría el principio general en material contractual de la simple mancomunación. Sobre las obligaciones *in solidum*, ver de ANDORNO. Luis O., La responsabilidad civil y la obligación "in solidum", JA, Doctrina, 1972-429.

⁶⁰ BUERES, Responsabilidad Civil de los médicos, cit., p. 147 y Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, cit. p. 255. Ver también su voto como integrante de la Sala D de la CNCiv., en los autos "Calcaterra, Ruben y otra c. Municipalidad de Buenos Aires", 24/5/90, LL, ejemplar del 17/9/91, con nota de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva.

⁶¹ A nivel nacional se pueden citar BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, Cap. XXII; RACCIATTI, Hernán, Responsabilidad colectiva y el hecho del dependiente, LL, ejemplar del 10/9/87; GESUALDI, Dora-Mariana. La Responsabilidad colectiva, en el libro "Responsabilidad por daños", homenaje al Profesor Jorge Bustamante Alsina. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1990, t. II, p. 139; LÓPEZ CABANA, Roberto y LLOVERAN, Nora, La responsabilidad colectiva, DE, 48-800; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Personas, casos y cosas en el derecho de daños, Cap. VIII, titulado "Daños causados colectivamente"; de la misma autora La responsabilidad colectiva y el art. 1119 del Proyecto del Código Civil, LL, ejemplar del 24/8/88; COMPAGNUCCI DE CASO, Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva, LL, ejemplar del 17/9/91

Zavala de González parece distinguir dos tipos de responsabilidad colectiva. Una, la clásica, que en realidad se trata del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo determinado. La otra, según opinión de la misma autora, que se refiere al daño propiamente causado por el grupo. En este último supuesto, la justificación de la responsabilidad colectiva no descansa en la no identificación del autor individual del daño, sino en la conformación de un grupo de riesgo⁶².

En el primer caso, las condiciones para el funcionamiento de esta responsabilidad colectiva son: a) falta de individualización del autor del daño; b) prueba de la participación de todos los autores posibles en la acción "riesgosa" de tal grupo, y c) demostración de la relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo⁶³.

En el segundo supuesto desarrollado por Zavala de González, estamos frente a un grupo en el cual los integrantes del mismo se encuentran ligados por su participación en el riesgo. En este caso, el daño no proviene individualmente -o al menos ello no interesa- de uno de los miembros del grupo, sino que el deber resarcitorio supone una acción que tiene como titular aparente y primordial al propio grupo. A su vez, para que se genere esta responsabilidad, la actividad del grupo debe ser riesgosa, por lo que es necesaria la mediación de un peligro desenvuelto o suscitado grupalmente. "Ello es así porque el fundamento del deber resarcitorio que se considera no reside en una razón puramente negativa (la imposibilidad o dificultad de ubicar al autor dentro de un conjunto) sino en un elemento calificable jurídicamente desde una perspectiva valorativa: la creación de un riesgo"⁶⁴. Lo relevante es que, en ocasiones, el factor grupal genera un peligro particular.

Por nuestra parte pensamos que toda la elaboración doctrinaria formulada alrededor de la responsabilidad colectiva no puede ser trasladada sin más al campo de la responsabilidad médica. Las particularidades propias de este tipo de responsabilidad hacen necesario formular algunas precisiones.

Como bien apunta Gesualdi, cabe preguntarse si la solución analógica que surge de aplicar el artículo 1119 del Código Civil puede extenderse a todos los supuestos en que, acreditado el daño, no puede llegar a identificarse al autor. La respuesta que da la citada profesora la compartimos plenamente. No corresponde caer en una generalización tan absoluta que puede llevarnos a conclusiones exageradas, alejadas de toda idea de justicia en relación con los obligados. "Para que ello sea factible debe comprobarse siempre la existencia de un riesgo con cuya configuración los presuntos agentes estén vinculados, no dejando ningún tipo de dudas acerca de su participación dentro del grupo"⁶⁵.

Vemos que tanto en uno como en otro supuesto de responsabilidad colectiva -nos referimos a los dos casos diferenciados por Zavala de González - se exige la creación de un riesgo por parte del grupo. De ahí que la doctrina afirma -en posición que en líneas generales compartimos- que el factor de atribución en este tipo de responsabilidad es el riesgo creado. Así, por ejemplo, Racciatti, quien afirma: "Coincidimos, pues, con quienes sostienen que en el supuesto de daños ocasionados por un grupo determinado, la responsabilidad que se atribuye al conjunto es objetiva y tiene su fundamento en el riesgo creado por la acción del grupo..., que integra el o los sujetos no identificados que particularmente han causado el daño"⁶⁶. El trabajo de Racciatti es un comentario a un fallo en el cual, entre otras consideraciones, el tribunal sostuvo:

"Los artículos 95 del Código Penal y 1119 y 1121 del Código Civil ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía jurídica y el principio general de justicia, permiten estructurar un sistema de responsabilidad colectiva, que se actúa siempre que concurren los siguientes requisitos: a) falta de individualización del autor del daño o de la cosa dañosa, b) participación de los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo; c) relación causal entre el daño y la acción no particularizada del grupo; d) exclusión de responsabilidad para quien pruebe que aun participando en la acción del grupo no causó el daño"⁶⁷.

⁶² ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, cit.p. 183.

⁶³ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, cit. p. 483.

⁶⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, cit.p. 1991.

⁶⁵ GESUALDI, *La responsabilidad colectiva*, en el libro "Responsabilidad por daños" homenaje a Jorge Bustamante Alsina, cit., t. II, p. 151.

⁶⁶ RACIATTI, *Responsabilidad colectiva y el hecho del dependiente*, LL, ejemplar del 10/9/87.

⁶⁷ Cám. 1º Civ. y Com. La Plata, Sala III, 30/9/86, LL, ejemplar del 10/9/87. En el caso se trataba del perjuicio sufrido por un tercero a raíz de un enfrentamiento entre una barra brava y la policía y no se había podido determinar al autor individual del perjuicio.

Buenos también encuentra el fundamento de esta responsabilidad en la idea del riesgo, reconociendo como límites de la misma (o causas de exoneración) la prueba por parte del interesado de no haber participado en el grupo (imposibilidad de causar el perjuicio) o bien la prueba de quién fue en realidad el verdadero causante del daño⁶⁸.

Otros autores, como Compagnucci de Caso, consideran que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la garantía, aunque en sus efectos prácticos no existe diferencia con la tesis del riesgo, pues en ambos casos estamos frente a una responsabilidad de tipo objetiva⁶⁹.

La naturaleza objetiva de esta responsabilidad fundada ya sea en el riesgo o en la garantía, no presenta mayores inconvenientes y se encuentra plenamente justificada para la gran mayoría de los casos en que debe aplicarse y para los que ha sido pensada esta teoría. Es que usualmente se trata de supuestos en los cuales la actuación colectiva implica el despliegue de una actividad verdaderamente generadora de riesgos. Así, por ejemplo, en los accidentes de caza, en los actos vandálicos cometidos por patotas o hinchadas de fútbol, en el caso de unos chicos que *con un rifle se entretienen disparando a los transeúntes*⁷⁰, y más en general los daños cometidos por grupos de individuos cohesionados sentimentalmente en los que la despersonalización se hace más patente, desatando los peligros más frecuentes e intensos.

Ahora bien, este esquema no es el propio del actuar colectivo médico en donde dicho accionar se realiza en aras de la propia protección del paciente, por lo que resulta realmente difícil sostener con carácter general que toda atención médica grupal genera un riesgo. Por ello rechazamos la afirmación genérica por la cual se hace responsables a los profesionales del arte de curar en forma objetiva, cuando el daño proviene de un conjunto dentro del cual no se ha podido individualizar al autor directo del perjuicio.

Si ello fuera así, bastaría al paciente incriminar a un conjunto de médicos sin individualizar a ninguno en particular para que de esta manera los profesionales se vean incurso en una responsabilidad de tipo objetiva, escapando así al régimen general de la responsabilidad médica, el cual para nosotros tiene naturaleza subjetiva. De esta manera los profesionales ya no podrían invocar su no culpa para eximirse de responsabilidad, con lo cual se estaría abriendo una puerta peligrosa en el campo de la responsabilidad médica.

Esto nos lleva a señalar que el hecho de que el daño provenga de un miembro indeterminado de un grupo determinado, de por sí no es suficiente como para engendrar una responsabilidad de tipo objetiva en cabeza de los profesionales.

Creemos que por ello siempre será requisito ineludible, previo a determinar la responsabilidad de cada uno de los miembros del grupo, establecer la culpa en la causación del perjuicio sufrido por el paciente (dejamos a salvo los supuestos excepcionales de responsabilidad médica objetiva, por ejemplo, por el empleo de cosas riesgosas). Claro que esta culpa no podrá ser personalizada o individualizada porque precisamente ésta es la cuestión que da lugar a la responsabilidad colectiva, pero cierto es que no será de difícil acreditación alguna negligencia. Negligencia que podrá ser incluso atribuida al conjunto en su totalidad o a alguno de los miembros a quien no se puede identificar. De más está decir que para la prueba de esta culpa serán de vital importancia los distintos mecanismos ideados para aliviar esta carga probatoria, mecanismos a los cuales le hemos dedicado mayor atención en otra obra⁷¹.

Por lo tanto, pensamos que en el caso de responsabilidad médica colectiva, en donde no se puede hablar de la creación de un riesgo por parte del grupo, mal se puede atribuir a sus integrantes una responsabilidad de tipo objetiva. En todo caso la idea del riesgo o de la garantía podrá servir para justificar la propagación de la respon-

⁶⁸ Ver su voto en el fallo de la CNCiv., Sala D, del 24/5/90. LL, ejemplar del 17/9/91, con comentario ya citado de Compagnucci de Caso, Adviértase que para Zavala de González, la segunda causa de exclusión de responsabilidad - la prueba de quién fue el verdadero causante del daño - es irrelevante cuando se está frente al supuesto que ella califica como de responsabilidad colectiva propiamente dicha. Ver su libro ya citado *Personas, casos y cosas en el derecho de daños*, p. 204: "...la eximente debe residir en no haber dado ocasión al suceso perjudicial a través de la integración del grupo que desenvuelve la acción riesgosa. No se es parte del grupo actuante del que provino dicho daño. De allí que la responsabilidad colectiva no queda excluida sacando del anonimato a los autores inmediatos o últimos del perjuicio, ni la culpa de éstos lograría enervar el factor de riesgo imputable a los demás miembros del grupo".

⁶⁹ COMPAGNUCCI DE CASO, *Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva*, citada.

⁷⁰ El caso fue fallado por la CNCiv., Sala D, *in re* "Tramezzani, María c. Beckerman, Carlos María s/daños y perjuicios", L. 30.899 del 16/8/88 y es citado por GESUALDI, Dora, en su trabajo titulado *La responsabilidad colectiva*, citada.

⁷¹ VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto, *Prueba de la culpa médica*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

sabilidad grupal a cada uno de los integrantes del conjunto. Pero pensamos que éstos individualmente podrán eximirse de responsabilidad, no sólo demostrando la causa ajena (no participación en el grupo o quién fue en realidad el verdadero causante del perjuicio), sino también su falta de culpa individualmente considerada. Es decir, que cada uno de los profesionales en la medida que demuestre haber obrado bien se eximirá de responsabilidad.

De esta manera no contradecemos los lineamientos generales de la responsabilidad médica. El hecho de estar frente a una responsabilidad colectiva no puede tornar más gravosa la misma para el profesional. La finalidad de esta responsabilidad colectiva reside en que la falta de individualización del autor verdadero del perjuicio no vaya en contra de la víctima, pues ello incluso podría favorecer a los presuntos responsables si decidirían esconder al causante del daño. Esto se logra igualmente por el camino que proponemos, porque de no individualizarse al autor individual todos son llamados a responder, pero al igual que en la responsabilidad singular, el límite va a estar dado por la prueba de la no culpa por cada uno de los profesionales. De no ser así, en los casos de tratamiento colectivo estaríamos imponiendo a los profesionales la garantía de un resultado, propio de las obligaciones de resultado, ajenas al campo de la responsabilidad médica. El o los profesionales serían garantes del fin último esperado por el paciente; de no lograrse dicho fin, la culpa profesional no tendría relevancia, pues los médicos deberían romper la relación causal (prueba del caso fortuito) como única eximente de responsabilidad.

En conclusión, no desechamos en el caso de pluriparticipación médica el funcionamiento de la responsabilidad colectiva, pero en tal supuesto creemos que estamos frente a una responsabilidad subjetiva, en donde al menos la negligencia puede ser atribuida al conjunto.

De más está decir que esta responsabilidad médica colectiva no alcanza a todos los profesionales que hayan tenido alguna actuación respecto a un paciente. Será preciso, pues es requisito de funcionamiento de esta responsabilidad, que se demuestre no sólo la intervención de determinados médicos, sino la pertenencia al grupo concreto al cual puede ser atribuido causalmente el resultado dañoso.

Sin perjuicio de lo dicho en las líneas precedentes, existe un supuesto en el cual podría llegar a hablarse de responsabilidad médica colectiva con fundamento en el riesgo creado, y es cuando está acreditado que la actuación colectiva adolece de fallas organizativas de tal entidad que torna peligrosa dicha actuación. Esto se da cuando en la organización de la actuación colectiva se advierten fallos en la comunicación entre los profesionales o graves deficiencias de coordinación. De todas maneras, la prueba de estas fallas trae aparejada la presencia de una negligencia evidente, por lo que desde un punto de vista práctico el distingo carece de utilidad.

A esta altura nos vemos obligados a detenernos en una aparente discrepancia con el pensamiento volcado por nuestro maestro, el profesor Alberto Bueres, en su voto como integrante de la Cámara Nacional Civil. Nos sentimos en la imperiosa necesidad de hacerlo por el respeto académico - más allá del aprecio propio del discípulo o del amigo- que sentimos por el ilustre jurista, a quien seguimos muy de cerca en todas sus elaboraciones doctrinales.

Como hemos relatado, Bueres, en su voto ya citado dice que la responsabilidad colectiva se fundamenta en la idea del riesgo creado, por lo que los límites de ésta están dados por la prueba por parte del interesado de la causa ajena. Hasta aquí estamos totalmente de acuerdo. Nuestra aparente discrepancia viene dada porque en el caso concreto de la responsabilidad médica colectiva establecemos una excepción considerando que se trata de una responsabilidad subjetiva.

Pero en el mismo fallo, Bueres analiza las distintas fallas imputables al grupo médico en su conjunto y a cada uno de sus integrantes en particular, a tal punto que afirma: "Estas razones que suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que imponía a los demandados la prueba de su falta de culpa... Tanto en el caso del riesgo presunto -del grupo-. como en el caso de la culpa individual, advierto que los demandados no probaron las eximentes de responsabilidad apropiadas: la causa ajena en el primer supuesto y la no culpa en el segundo caso. Por tanto, todos serán responsables del daño ocasionado"⁷².

Como se puede apreciar, el resultado al que se llega en el fallo, más allá de una leve discrepancia

⁷² CNCiv., Sala D, 24/5/90, "Calcaterra, Rubén c. Municipalidad de Buenos Aires", LL, ejemplar del 17/9/91.

doctrinaria, debe ser plenamente compartido por nosotros, porque en definitiva el magistrado también ha evaluado la presencia de la culpa en cabeza de todos los integrantes del grupo, y la no demostración por parte de éstos de su “no culpa”.

Por último, en el caso de responsabilidad colectiva, en cabeza de todos los integrantes del grupo,

surge una responsabilidad concurrente o *in solidum*. Así fue dictaminado en las Quintas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en 1971: “Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo”⁷³.

⁷³ En contra, Dora Gesualdi, para quien en el caso estamos frente a un supuesto de responsabilidad simplemente mancomunada. Ver su trabajo antes citado que fuera publicado en el libro de homenaje a Jorge Bustamante Alsina, ps. 152-153.