

CONTRATO DE PRESTACIÓN MÉDICA

JOSÉ A. ZAGO*

1. EL CONTRATO MÉDICO. RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

Resultando la actividad del médico harto compleja, como resulta ser toda labor profesional, debemos admitir la posible existencia de que las prestaciones y la forma en que se las ejerce pueden ser infinitamente variables. Por ello, coincidiendo con la autorizada opinión de Fernández Costales¹ consideramos que debemos tener en cuenta la forma habitual en que el médico ejerce su profesión. Con relación a la organización profesional médica, las modalidades del ejercicio de la misma admiten una clasificación con las siguientes connotaciones: a) ejercicio individual independiente; b) ejercicio colectivo independiente; c) ejercicio dependiente privado, y d) ejercicio dependiente público.

En este esquema resulta claro que la probabilidad de establecer relaciones obligatorias de carácter privado contractual entre el paciente y el facultativo estaría dada sólo en los sup. a y b, por cuanto todo ejercicio dependiente motivará que la relación contractual se constituya no ya entre el médico y el paciente, sino entre éste y la persona física o jurídica de la que depende el facultativo, y a las que se encuentra subordinado en una relación de dependencia laboral-administrativa.

Asimismo, y sin que ello sea el tema específico que estamos desarrollando, reconocemos que resulta común y fre-

* Profesor titular de Contratos Cíviles y Comerciales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Fernández Costales, Javier, *El contrato de servicios médicos*, p. 15.

cuenta la probabilidad de que la responsabilidad derivada del hacer desvalioso del profesional de la medicina, no tenga origen en una relación contractual preexistente, sino se haya generado en una vinculación directa entre ambos, producida o generada sin acuerdo convencional alguno y proveniente, por ejemplo, del frecuente y común supuesto del accidente en la vía pública del paciente, inesperada e impensadamente desmayado, etcétera. Ello hace cierto lo dicho por Santos Briz² en el sentido de que a la forma normal de contrato de servicios, no siempre concertada en forma expresa, hay que admitir también los casos en que la asistencia médica se basa en una gestión de negocios sin mandato (art. 1888 y ss., Cód. Civil español); graficando lo dicho con el supuesto de la asistencia prestada como consecuencia del accidente, estando el paciente aún inconsciente.

También debemos tener presente que doctrinariamente hay autores que entienden que las obligaciones del médico ante su paciente son derivadas de un orden profesional que tiene su fuente y fundamento no tanto en un contrato, o en una relación convencional, cuanto en la ley, y si aquél se obliga a otorgar asistencia al enfermo, su posible falta a las reglas especiales del arte de curar no constituye incumplimiento de obligación contractual, sino de obligaciones legales y profesionales, por lo cual un contrato semejante se encontraría con las dificultades conceptuales de establecer sus caracteres esenciales y, fundamentalmente los derechos y obligaciones que estarían engendrados entre las partes³.

Nosotros participamos, por el contrario de la opinión doctrinaria que admite una válida relación contractual de carácter privado entre el profesional de la medicina y el cliente, que podrá regular todo lo concerniente a las consecuencias prácticas que en ella se generan (como lo atinente a la responsabilidad, la prueba, la forma de instrumentación, la necesaria capacidad de ambas partes); aunque por su específica caracterización debemos tener presente aquellas circunstancias muy especiales que hacen a la práctica diaria de la actividad profesional, y que nos permiten considerar como supuestos factibles:

² Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, p. 668.

³ Peytel, A., *Responsabilidad médica*, Paris, 1926, p. 21, cit. por Fernández Costales, "El contrato de servicios médicos", p. 18.

a) Relaciones directas entre el médico y el paciente, resultando los servicios y las relaciones de las partes, consecuencia del acuerdo normativizado por el art. 1197 de nuestro Código Civil.

b) Relaciones contractuales complejas, como cuando el médico contrata sus servicios con un hospital, con una compañía de seguros, con un sanatorio o con otras instituciones similares; contratando a su vez el paciente directamente con estas instituciones para recibir asistencia facultativa, y ello sin perjuicio de los matices que podemos efectuar sobre el carácter público o privado de la institución de que se trate.

Como hemos dicho, la actividad del médico resulta harto compleja pudiendo, las prestaciones de su profesión ser infinitamente variables; debiendo tenerse presente que, junto con el posible contrato de servicios médicos concertado entre las partes, existe una necesaria operatividad vinculada al mismo respecto de los servicios hospitalarios donde se producirá la internación, que se deberá celebrar por separado entre el paciente y el nosocomio. Aquí la posible variedad de los supuestos resulta trascendente, siendo factible y común que sea el facultativo quien indique o aconseje el hospital o sanatorio, o también que la decisión se tome en consideración con la posible vinculación entre el paciente y su obra social, que puede suministrarle los servicios hospitalarios en diversos establecimientos a elección de la obra social o del paciente.

Cada día resulta más sociabilizada la medicina en cuanto al ejercicio de la actividad profesional, debido a los enormes costos que se generan u originan con relación a cualquier tipo de tratamiento o de intervención quirúrgica. Se admite, en consecuencia, la necesidad prioritaria del enfermo de ser atendido a un reducido costo, a través de la intervención concreta de la respectiva obra social.

Recordemos que en estas instituciones sanitarias, hospitales o clínicas privadas o públicas, se suministra al paciente dos tipos de prestaciones: por un lado tenemos la asistencia facultativa o los servicios médicos a cargo del profesional, y cuyo origen puede ser un contrato entre éste y el paciente o el celebrado entre el paciente y el establecimiento directamente, en el que quedaba incluido el actuar del profesional; y por otra parte existen una serie de prestaciones que podríamos denominar hoteleras, referidas a su internación, alimentación, traslados, etcétera. Como pun-

tualiza Santos Briz⁴ debemos tener presente que, en principio, los daños derivados de un tratamiento médico deficiente, cuando existe una relación contractual directa y previa entre facultativo y enfermo, tienen su origen en el incumplimiento del acuerdo celebrado, pero que también resulta factible que el contrato haya sido celebrado directamente con el establecimiento asistencial, comprendiendo toda la actividad de tratamiento y la referida a la estadia.

Se puede hablar de contrato total de hospital (contrato de servicios), cuando además de alojamiento y cuidados, se facilita o compromete el tratamiento médico correspondiente, o también de contrato desdoblado de asistencia en hospital, cuando el paciente concierda por separado dos relaciones jurídicas: una con el médico para su tratamiento y otra con el hospital o sanatorio para su alojamiento y cuidado. En el primer supuesto, coincidimos con Santos Briz, el médico no tiene una relación contractual directa con el paciente, aunque ello no impediría su responsabilidad respecto a los daños producidos por un comportamiento culposo, origen directo del perjuicio ocasionado.

Admitido que nos estamos refiriendo a la posibilidad concreta de la celebración válida de una relación contractual médico-paciente, y, sin perjuicio del reconocimiento que hemos hecho sobre la factibilidad de situaciones extracontractuales o contractuales de connotación diferente, nuestro propósito está encaminado a particularizar las situaciones derivadas de la indicada vinculación contractual. Trataremos, en primer lugar, sus antecedentes históricos, para luego sucintamente intentar tipificar el contrato, meritando las diferentes posturas doctrinarias existentes respecto del mismo como también la valoración de los medios probatorios, recordando el criterio dualista que nos hablaba de una diferente culpa entre la relación contractual y aquella originada en una responsabilidad extracontractual, y teniendo presente asimismo la admitida teoría de Demogue sobre las llamadas obligaciones de medio y de resultado. Ello para encontrar la necesaria ubicación del tema en sus parámetros jurídicos y poder sacar las válidas conclusiones que en adoptada postura intentaremos puntualizar.

⁴ Santos Briz, *La responsabilidad civil*, p. 466.

2. **ARRACIASANTIA SERVITUCOS**

Resulta necesaria una rápida recorrida por los antecedentes históricos para visualizar la naturaleza jurídica del contrato al que nos estamos refiriendo. Es cierto que en el retrospectivo análisis ya encontraremos dificultades conceptuales aun dentro de la época del derecho romano. Compartiendo la autorizada opinión de Bueres¹ recordamos, que en Roma los trabajos a jornal, fundamentalmente aquellos que no requerían conocimientos técnicos afinados, sino que consistían en simples manualidades, eran denominados mercenarios; oponiéndoselos a los trabajos de los profesionales (*operae liberales*) que consistían en tareas o servicios realizados por profesionales liberales: médicos, abogados, profesores (gramáticos, geómetras y retóricos), agrimensores, etcétera.

En la primera hipótesis (la de los trabajos de artesanos y siervos) los juristas encuadraban la figura implicada en el contrato de locación de servicios (*locatio conductio operarum*). Si, por el contrario, se trataba de relaciones jurídicas en las que era sujeto un profesional liberal (abogado, médico, agrimensores) por razón de su ejercicio, la doctrina era remisa en aceptar igual solución, prefiriendo buscar la causa fuente de las mismas en los contratos de sociedad o de mandato (primordialmente en este último). Tal era la tesis sustentada por Gayo y Justiniano invocando que el pago o la retribución en estos supuestos no era merces o salario, sino que era *munera*, *munis* u *honorarium* (honorarios). Es decir que la retribución consistía en una dádiva (*munera*), que la fuerza de la costumbre o reiteración del gesto, se constituyó en un deber social; aunque no llegara a ostentar carácter obligatorio desde el punto de vista jurídico.

Por su parte, Ihering² observa que en la antigua Roma, como en todos los pueblos y todos los individuos poco civilizados, se tenía una idea grosera del trabajo: sólo el trabajo corporal merecía retribución, porque es para esos pueblos e individuos un hecho sensible, traducido en creación visible

¹ Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. 1, p. 125.

² Ihering, Von, *El fin del derecho*, n° 25 a 28, cit. por Reszénico, Luis M., "Estudio de los contratos en nuestro derecho civil", t. 2, Depalma, Bs. As., 1922, p. 628.

en un resultado tangible. En cambio, el trabajo intelectual no era considerado como trabajo; se estimaba que no exigía esfuerzo ni sufrimiento, que no fatigaba al hombre y traducido en los consejos del abogado, en las indicaciones del médico, en las palabras de enseñanza del profesor, no confiere derecho para reclamar un salario y se gratifica también con palabras, como, por ejemplo, "Dios se lo pague", pero no se le da nada. Por eso agrega el mismo Ihering: "En Roma se consideraba como un deshonor el hecho de hacerse pagar un trabajo intelectual. Sólo se pagaba el trabajo manual, que por eso era tan despreciado".

Afortunadamente con posterioridad, durante el llamado período imperial, la exigencia de la remuneración se tornó en imperativa, a raíz de la posibilidad conferida legalmente al profesional acreedor de poder ejercer la acción extraordinaria cognitio (o persecutio extraordinaria). La acción fue implementada atendiendo razones de equidad y justicia ya que toda persona dedicada a una profesión liberal debía obtener lo imprescindible para satisfacer sus necesidades propias y las correspondientes a su grupo familiar, debiendo tenerse presente que no guardaba relación con la llamada *actio locati*, que era la acción acordada al locador de servicios contra el conductor locatario, con miras a viabilizar la obtención del pago de los trabajos serviles realizados.

Pero también es necesario reconocer, como lo indica Spota⁷ que, a partir de la codificación francesa, la doctrina se orientó en cierto sentido como entre los romanos. Autores como Aubry y Rau, destacados por su mentalidad jurídica sólida y equilibrada, hablaban de la prestación de los servicios del abogado o del médico como un mandato, en vez de un trabajo intelectual, o en su caso de un contrato de obra intelectual. Ello no obstante, tenemos que reconocer que Vélez Sársfield no siguió estos conceptos de los autores clásicos franceses, y adoptó la postura de Freitas, que entendía que toda clase de servicios salvo los imposibles, ilícitos o inmorales, pueden ser el objeto del contrato de locación de servicios, comprendiéndose por tanto, el trabajo material o inmaterial, mecánico o liberal (art. 2696. Esboço) y que la expresión *honorarios*, empleada para indicar el precio, no transformaba el contrato de locación de servicios no representativo en mandato.

⁷ Spota, Alberto, *Instituciones de derecho civil. Contratos*, vol. 5, p. 172.

3. CONNOTACIONES PROPIAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS: EL PROBLEMA DE LA CULPA

Con criterio diferente, nuestros tratadistas, y, aun los extranjeros, han considerado las connotaciones propias de la relación existente entre el médico y el paciente, con motivo de la celebración de un contrato de prestaciones médicas. Lo que sí ya no se discute es el derecho a la percepción de la retribución por parte del profesional en cualquier actividad realizada por quien revista tal carácter, debiendo también recordarse que resulta postura predominante la que entiende que la responsabilidad que de ella se deriva es, por supuesto, de naturaleza contractual, resultando equivocada la idea ya superada de que se podía tratar de una responsabilidad extracontractual o aquiliana (arts. 1109 y 1113 de nuestro ordenamiento positivo, y arts. 1382 y 1383 del Cód. francés).

Sin perjuicio de tal reconocimiento y dada la trascendencia del autor, recordaremos la opinión de Borda⁴, quien manifiesta que los autores han sostenido que, si media contrato entre médico y paciente o enfermo, la responsabilidad es contractual y, en caso contrario, cuasi delictual. Piensa el destacado autor que aceptar esa teoría —hoy mayoritaria—, significa juzgar a la luz de conceptos distintos, y también de distintas reglas jurídicas, una responsabilidad idéntica. La que pesa sobre el médico que atiende a un enfermo en su consultorio o lo opera con su consentimiento, no difiere en absoluto de la que tiene el profesional que atiende a un obrero de una compañía o que opera de urgencia a un accidentado que se encuentra en estado de inconsciencia. La responsabilidad es legalmente la misma, no surge ella de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato. En otras palabras, concluyendo en forma terminante, es una responsabilidad extracontractual.

Por considerar que el tema se relaciona con la culpa, nosotros recordamos la vieja situación doctrinaria respecto a la noción de las llamadas "teorías unitarias y dualistas de la culpa", con especial referencia a su prueba, siguiendo la cla-

⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil argentino*. Cosentino, t. 2, p. 63.

ra postura sostenida por Jorge Alterini⁸; decía que "una vieja polémica que hace tema entre los estudiosos del derecho separa a los partidarios de la llamada teoría dualista de la culpa, de los sostenedores de la postura unitaria. Los dualistas advierten notas diferentes entre lo que ellos califican como culpa contractual y la denominada culpa extracontractual o aquiliana, mientras que para los unitaristas tales presuntas diferencias carecen de entidad". Por su parte, Boffi Boggero⁹, con autoridad doctrinaria afirmaba que se discute en doctrina si hay una culpa contractual y otra aquiliana. Han surgido tres posiciones fundamentales en esta materia: a) la que sostiene la existencia de unidad en la culpa civil; b) la que entiende que hay una culpa "contractual" y una "aquiliana", y c) la que, sentado que hay una sola culpa civil, estima que la contractual y la aquiliana son reguladas en sistemas distintos.

Esta última postura es la posición del Código Civil argentino, donde la culpa es definida en concreto por la elogiada norma del art. 512, con alcance contractual y aquiliano, sin defecto que se regule su vida jurídica en distintos sistemas. Es por ello, concluye, que en nuestro Código no puede hablarse de culpa contractual y aquiliana sino para designar, concreta, pero incorrectamente, los dos sistemas predominantes que regulan la actuación en campos distintos de la misma negligencia.

Siguiendo el pensamiento de Alterini, diríamos que los doctrinarios dualistas entienden que la culpa se presume ante un incumplimiento contractual, mientras que debe ser probada por el acreedor cuando el incumplimiento es de origen extracontractual. Se sostiene que la relación que vincula a las partes unidas, por un contrato, hace que el mero incumplimiento de las obligaciones que éste implica, autorice al acreedor a reclamar daños y perjuicios sin tener que probar la culpa del deudor, bastándole acreditar la existencia del nexo contractual. Por el contrario, en el caso del incumplimiento delictual, la culpa debe probarse porque las partes no están atadas por un vínculo anterior al hecho generador. Se razona en tal sentido, sosteniendo que el estado normal del hombre en sociedad es la libertad y, como

⁸ Alterini, Jorge, voz Obligaciones de resultado y de medios, en Enciclopedia Jurídica Orsaba.

⁹ Boffi Boggero, Luis M., Estudios jurídicos primera serie, Coeditora del Centro de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1970, p. 78.

la obligación importa un límite a la misma, el que invoca su condición de acreedor debe probar los presupuestos de aquélla, y entre éstos, la culpa.

En este momento de la discusión doctrinaria hace su aparición la teoría de Demogue, con el presupuesto de las obligaciones de medio y de resultado. Sostiene que el régimen probatorio es similar en el caso de la culpa contractual y de la delictual, y que para decidir que debe probar el acreedor de una obligación en el caso de su incumplimiento, hay que acudir o referirse a la naturaleza de dicha obligación, que puede ser de resultado o de medios, y esto tanto en materia contractual como extracontractual. Llama obligaciones de resultado a aquellas en las cuales el deudor se compromete a realizar en favor del acreedor una prestación determinada, a procurarle un resultado concreto. En cambio, en las obligaciones de medios el deudor sólo promete diligencia y aptitudes suficientes para que normalmente y no en forma necesaria, se produzca el resultado apetecido por el acreedor. Por ello, en las obligaciones de resultado el deudor garantiza la verificación del mismo; en las de medios tan sólo el empleo de la actividad potencialmente apta para engendrarlo. Como ejemplo de obligaciones de medio en el ámbito contractual Demogue cita: la del banquero que alquiló sus cajas fuertes de seguridad para la guarda de caudales no individualizados, ya que se obliga a prestar la diligencia necesaria para que no se las viole; la del administrador de propiedades; la del médico que sólo se obliga a prestar a su paciente, los cuidados necesarios sin poderle asegurar su curación. Recuerda asimismo que en sede extracontractual, las obligaciones son generalmente de medios, y que en las de resultado le basta al acreedor probar la existencia de la obligación sin estar constreído a probar la culpa del deudor, mientras que en las de medios debe también acreditar la falta de diligencia del deudor, es decir debe probar su culpa, sea contractual o extracontractual, la respectiva relación.

Debemos puntualizar respecto de la nombrada naturaleza jurídica que participamos de la postura de Bueres¹¹, pues entendemos que los frutos del intelecto, al igual que cualquier otro servicio artesanal o manual, son en definitiva hechos susceptibles de mensurarse o apreciarse pecuniariamente, por lo que no hay obstáculo para que constituyan el

¹¹ Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, p. 129.

objeto (materia) de un contrato, computando que esta noción es válida para identificar el acto jurídico bilateral y patrimonial celebrado entre vivos (arts. 944, 946, 1137 y 1169, especialmente). Por ello, es factible la existencia de un contrato entre el profesional y su paciente, ubicándose la relación jurídica en tal plano, y motivando ello que la responsabilidad derivada se mueva concretamente en el mismo. Por ello es que afirmamos que si hay contrato o relación contractual no se justifica que la responsabilidad de las partes pueda tener otro carácter que no sea el contractual, toda vez que los regímenes atinentes están marcados por la causa-fuente del deber jurídico calificado (obligación) de que se trata. Parece irrazonable que conforme a veces se sostiene se pergeñe un acto profesional o una culpa profesional autónomos, con relevancia tal como para que en sus virtudes pueda derogarse el régimen de responsabilidad natural, normativamente hablando, que es el de la decisión privada lícita, esto es la relación contractual, a menos que la hipótesis en cuestión encuadre en la posibilidad de opción restringida autorizada por el art. 1107 del Cód. Civil.

Dejamos constancia que difieren los autores nacionales y también los extranjeros en la elección del contrato típico o atípico en el que corresponde encasillar la relación médico-paciente, habiéndose admitido también que podría ser una simple gestión de negocios, según opina Anys en Responsabilidad médica, postura compartida por Gítrama¹² en España quien afirma que en virtud del art. 1888, el facultativo (*negotiorum gestor*) vendrá obligado a continuar sus cuidados al paciente hasta que se halle fuera de peligro o, si no lo estuvo nunca, suficientemente mejorado y consciente de sus actos. El abandono intempestivo del paciente por el médico gestor haría a éste responsable, responsabilidad lógicamente extracontractual (art. 1902, Cód. Civil español), generando una obligación resarcitoria por indemnización.

4. DIFERENTES TEORÍAS RESPECTO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

a) Teoría que lo asimila al mandato

En el derecho romano, los jurisconsultos Gayo y Justiniano, y en el derecho francés Pothier y Troplong, con-

¹² Gítrama, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, en Estudios en homenaje al prof. Ignacio Serrano Serrano, t. 1, p. 337-338.

sideraban que las relaciones nacidas del ejercicio de una profesión o de un arte liberal, no podían asimilarse a una locación de servicios, ni de obra, sino que configuraban un verdadero mandato, que era esencialmente gratuito. Entendían los sostenedores de la teoría que los servicios profesionales no eran asimilables a la locación de servicios, pues éstos se refieren a los servicios manuales y subalternos de los artesanos y de los siervos (de donde se deriva servicio, *servus*: esclavo). Aquéllos son inestimables por su naturaleza intelectual, y no pueden dar lugar a un precio o alquiler, una merced o salario, exigible por la acción *locatio conductitii*, propia de los trabajadores manuales y de la locación común, sino que sólo permiten pedir mediante una acción extraordinaria (la extraordinaria *cognitio*) una remuneración denominada honorario.

b) Inexistencia de contrato

Aubry y Rau y también Guillaouard, sostuvieron que los actos de ejercicio de una profesión literaria, científica, o artística no constituyen locación de servicios, ni siquiera mandato, pues no pueden directamente y por sí mismos ser objeto de un contrato civilmente obligatorio. Según entienden estos juristas, en tales casos, no existe materia de la obligación civilmente obligatoria, y la promesa de un acto propio de una profesión liberal no puede ser considerada como una locación de servicios, ni dar lugar a una acción contractual, aunque se haya estipulado una remuneración, porque la inteligencia del hombre no está en el comercio, y tampoco están los frutos de esa inteligencia. Tales actos sólo constituyen una cortésia por parte de aquel que los ha prometido, y el sentido moral y los principios del derecho condenarían la pretensión de quien quisiera reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de una promesa de esa índole.

c) Contrato innominado "sui generis"

Para algunos autores se podría considerar que las prestaciones de los profesionales liberales configuran un contrato innominado *sui generis*, aunque perfectamente legítimo, regulado a través de los arts. 1137, 1143 y 1197 del Cód. Civil. El criterio ha sido criticado, por cuanto se ha dicho que manifestar que un contrato es *sui generis* o innominado, constituye un recurso para tratar de evitar las dificultades de su clasificación, pero que en definitiva nada expli-

ca ni decide. Se considera que la postura no llega a producir la solución doctrinaria para el encuadramiento jurídico de la relación contractual nacida como consecuencia de los contratos celebrados entre el profesional y su cliente.

d) Locación de servicios

La mayoría de los doctrinarios civilistas se ha decidido adoptando criterio en el sentido de que los trabajos de las artes y profesiones liberales generan una verdadera locación de servicios, con la sola particularidad de que el trabajo que se presta es de orden intelectual y de rango indudablemente más elevado, pero de la misma naturaleza jurídica que los trabajos puramente físicos.

Por ello puede decir Salvat¹² que "el sistema que lo considera como una locación de servicios es el sistema más lógico, puesto que existe un servicio prestado y un precio expresa o tácitamente estipulado (arts. 1627 y 1628)", agregando que la naturaleza especial de los servicios profesionales no se desconoce ni se menoscaba con esta calificación, puesto que todos sabemos que el título profesional se persigue para contar con un medio de vida; el envilecimiento y menoscabo de la profesión no pueden venir de la calificación que se dé a la relación profesional, sino de la falta de ética en el ejercicio de la profesión, punto completamente independiente de su calificación.

Asimismo, sus sostenedores expresan que no puede decirse que en tales casos exista mandato, pues falta su carácter esencial, que es el de la representación del mandante por el mandatario, y ni el médico, ni el abogado, ni el profesor tienen calidad para representar a su cliente o a su alumno, para obligar a los terceros hacia él, o para obligarle a él hacia los terceros. Agregan que no hay peligro de que la denominación común de locación de servicios, o de obra dada a las operaciones manuales y a las obras del espíritu, las haga confundir, pues las artes y las profesiones liberales conservarán siempre su supremacía tradicional, y las distinciones que efectuaron Pothier y los romanistas, entre las expresiones salario y honorario, son dignas de la escolástica.

¹² Salvat, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Tipográfica Argentina, Bs. As., 1957, t. 3, n° 1749.

e) Contrato de locación de obra

Con similares presupuestos, pero entendiendo que en la actividad médica o de los profesionales no existe el requisito de la subordinación jurídica, ni económica, muchos autores califican a la relación entre el profesional y el cliente como de "locación de obra"; aunque admitiendo que no existiría la probabilidad de exigir la curación del cliente, salvo en supuestos en que el médico adquiriera como puntualiza Bueres; por excepción, una prestación de resultado, como, por ejemplo, cuando el anatomopatólogo o biólogo realiza un análisis de laboratorio que no presenta riesgos en punto a precisión técnica; el médico que realiza una operación quirúrgica de notoria simpleza o de cirugía estética. Bustamante Alsina, tomando en cuenta el supuesto de las prestaciones de obra cuyo resultado ulterior es completamente inseguro (p.ej., operaciones riesgosas, en las que sólo cabe suponer que el médico asegura un primer resultado —el de la operación, pero no el de la curación—, con lo cual no promete ni la curación definitiva, ni tampoco puede dar certeza de una mejoría cierta y concreta), considera que entre el profesional de la medicina y su cliente puede existir una locación de obra, si se interpreta que el opus no es un objeto material sino la prestación de un trabajo consistente en la actividad diligente e idónea, sobre las bases de las reglas de la medicina.

Borda criticó la postura contrato de locación de obra, poniendo en crisis la posibilidad, fundado en dos razones: 1) el paciente puede cambiar de médico en cualquier momento, sin pagar otra retribución que la que le correspondía hasta el momento de la ruptura, con lo cual se alejara de lo establecido por el art. 1638, que impone al dueño pagar al empresario, todos los gastos, trabajos y utilidades que hubieran podido obtenerse de no frustrarse el contrato por la voluntad unilateral del locatario paciente, y 2) los plazos de prescripción respecto a los honorarios (precio), son distintos. Por lo dicho sostiene que debe rechazarse la hipótesis de la locación de obra, admitiendo la postura del contrato atípico sui generis.

f) Contrato multiforme, variable o proteiforme

La postura sustentada por Deveali, Spota, Legón, Rezónico, Bueres, entre otros, estima que los servicios de las artes y de las profesiones liberales, pueden dar lugar a con-

tratos de locación de servicios, de locación de obra, o de mandato, según los casos, lo que determinará que en cada supuesto se tenga presente la característica del contrato celebrado para ubicarlo dentro de los parámetros de cada uno de los que se acaban de indicar. Como dice Rezzónico¹⁴, corresponde analizar en cada caso el contenido, concreto de la relación jurídica, sin pretender unificar la clasificación de todas las variedades de relaciones de trabajo que nacen del ejercicio de las profesiones liberales, y si en un caso dado no encuadra exactamente en la locación de servicios, ni en la locación de obra, ni en el mandato, deberán aplicarse los principios generales del derecho (arts. 16, 1143, 1197 y comos., Cód. Civil). Recuerda, por otra parte, lo que indica la nota del art. 1629: "No existiendo nuestro sistema judicial, como exigía el derecho romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada; no es necesario indagar si es venta o arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga a hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, o la materia principal para la obra, como el terreno en la construcción de una casa".

g) Nuestra opinión

Conforme lo dijéramos en otra oportunidad¹⁵, y compartiendo la última postura indicada, opinamos que estamos frente a un contrato de naturaleza proteiforme o atípico que, en cada supuesto concreto, nos permitirá regular la situación jurídica existente entre el profesional y el cliente. Las connotaciones propias de cada situación nos obligará a su análisis personalizado, para —en su consecuencia— adoptar postura, determinando en el caso concreto la naturaleza jurídica del contrato de que se trate.

5. CARACTERES

Admitida la probabilidad de hablar de un contrato múltiplo, atípico o proteiforme, trataremos de indicar sus posibles caracteres uniformes, aunque considerando la posible variabilidad de los mismos, según el resultado del enfoque concreto que ha fijado los parámetros del acuerdo

¹⁴ Rezzónico, *Estudio de los contratos*, p. 630.

¹⁵ Garrido, Roque - Zago, Jorge A., *Contratos civiles y comerciales*, Bs. As., Universidad, 1988, t. 2, p. 337.

luego del análisis que hemos debido efectuar para su caracterización.

a) **Bilateral:** Ya que desde su celebración las partes quedan obligadas recíprocamente la una hacia la otra con prestaciones correlativas (art. 1138, Cód. Civil).

b) **Oneroso:** Por cuanto las ventajas que se procuran a una u otra de las partes, no les es concedida sino por una prestación que ella ha hecho, o que se obliga a hacerle (art. 1139, Cód. Civil).

c) **Consensual:** Porque no existiendo formalidad exigida por la ley con carácter prioritario u obligatorio, el contrato queda concluido para producir sus efectos propios, desde el momento que las partes hubiesen prestado o manifestado su consentimiento.

d) **Nominado o inominado:** Según pueda enmarcarse en un supuesto de contrato con regulación legal, como el de locación de servicios o el de locación de obra, o de acuerdo a lo que ya manifestáramos, estuviésemos frente a un supuesto no regulado, comprendido como relación contractual atípica (resultando su existencia del presupuesto contenido en el art. 1197).

e) **No formal:** No existe norma expresa alguna que establezca una formalidad determinada para el acuerdo entre el profesional y su cliente, lo que nos hace concluir que la celebración del mismo la podrán hacer las partes de la manera que quieran efectuarla (arts. 974 y 1182 del Cód. Civil).

f) **Commutativo:** Ya que desde el momento de su celebración, las partes tienen determinadas las recíprocas prestaciones que deberán cumplimentar, con las connotaciones propias respecto de la actividad del profesional, que deberá ajustar su hacer a las prescripciones determinadas por la ley 17.132, art. 20, inc. 1^º (dictada en 1967) que resulta ser la normatividad que regula el ejercicio de la medicina.

g) **Continuativo-fluyente, de tracto sucesivo:** Ya que no se agota en el momento de su celebración, resultando por el contrario que el profesional deberá realizar su actividad o cumplir sus prestaciones prolongándose las mismas en el tiempo. Su actividad no termina ni concluye en forma instantánea, sino que por el contrario, como en todos los supuestos de la locación, las prestaciones se prolongan en el tiempo. Recordemos con Ghersi¹⁸ que precisamente la

¹⁸ Ghersi, Carlos A., *Responsabilidad por prestación médico-quirúrgica*, p. 15.

obligación médica, en sentido estricto, consistirá en la conducta científicamente considerada, utilizando técnicas usuales y admitidas por la medicina, tendientes a la curación de la dolencia o mitigación del dolor de un ser humano.

6. CAPACIDAD

La reforma de la ley 17.711, modificó el texto del art. 128, y en su párr. 2º dispuso: "Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos". Por lo que pueden afirmar Garrido y Andorno¹⁷ que el art. 128 en su nueva redacción concede el derecho, al menor que hubiese obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, para ejercerla por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización, y que ello ha significado admitir en nuestro derecho el sistema del Código Civil brasileño, que dispone el cese de la capacidad mediante el ejercicio de empleo público (imposición de grado científico).

Agregan los autorizados tratadistas, después de citar la postura contraria de Bibiloni respecto a esta autorización, que consideran que ésta se justifica plenamente, desde que la obtención de un título habilitante para el ejercicio de la profesión, supone un grado, tal de madurez y de capacitación, que torna innecesario cualquier autorización para su ejercicio.

7. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL COBRO DE LOS HONORARIOS

Conforme lo dispone el art. 4032, párr. 4º del Cód. Civil, prescriben por dos años las obligaciones a pagar: "A los

¹⁷ Garrido, Roque - Andorno, Luis, *Reforma al Código Civil*, p. 53.

médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos. El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda”.

Borda, interpretando el texto legal, y a pesar de su enunciado, aclara basado en jurisprudencia de la Cámara Civil de la Capital Federal, que si se trata de una enfermedad breve o de una operación quirúrgica, el plazo se cuenta desde que concluyó el tratamiento, no desde el momento en que se prestaron cada uno de los servicios, pues agrega que ellos constituyen un todo indivisible; por el contrario, si la enfermedad es crónica, opina, la prescripción corre desde el 31 de diciembre de cada año, durante el cual se va prestando la atención médica, pues la costumbre profesional es pasar la cuenta a fin de año.

8. PRUEBA DEL CONTRATO

Atendiendo a su carácter de relación contractual válidamente concertada entre el facultativo y el paciente, rigen las disposiciones contenidas en los arts. 1190, 1191, 1192 y 1193 del Cód. Civil; dejándose constancia que la costumbre en la relación entre facultativo y paciente o cliente, por lo general hace a la inexistencia de instrumentación del contrato celebrado, lo que significaría la dificultad de su prueba por las limitaciones contenidas en nuestro ordenamiento legal, aunque debemos recordar el carácter específico de continuativo, fluyente, y por ello importando el cumplimiento de la relación contractual, es factible pensar una mayor elasticidad para la acreditación del contrato.

9. EL CONTRATO DE CONFIANZA

Sabemos que todo negocio contractual implica, en principio, una relación entre las partes que hace que, al llegar a la celebración del mismo, exista entre quienes lo acuerdan un recíproco conocimiento y también una dosis de confianza en cuanto al posible cumplimiento de las prestaciones acordadas. Ello en mayor medida cuando estamos frente a un contrato no instantáneo, cuya existencia se prolongará en el tiempo y no se agotará con una única prestación. Es decir, entendemos que el contrato (ley para las partes), debe motivar en su etapa previa una elemental precaución en

cuanto a quién será la otra parte, el otro obligado; el que ejecutará la prestación que hace al motivo determinante del acuerdo.

Ello es cierto, ante cualquier tipo de relación contractual e implica, según lo tiene reconocido elemental postura doctrinaria, una probabilidad concreta para las partes de haber valorado las ventajas y conveniencias que el acuerdo generará en el futuro y conforme el cumplimiento acordado con más razón en el caso concreto del contrato de servicios médicos, tal prevención, adquiere mayor trascendencia e importancia.

Por ello, reconocemos que a la modalidad particular de los contratos que se celebran entre los particulares y los profesionales del arte de curar, nos hace admitir que en estos casos, a los recíprocos intereses individuales de cada contratante; debemos agregar que en la etapa precontractual, resulta necesaria una dosis de particular confianza entre quien encargará el *opus* referido a su salud y el médico. Es decir que más que en cualquier otra relación contractual será, y es necesario, que el futuro locatario conozca, sepa, tenga referencias de quién será la contraparte, a quién le confiará su curación o tratamiento.

En el contrato entre el profesional y el cliente, éste, que busca un resultado definido y concreto (la intervención quirúrgica) debe valorar las virtudes profesionales que tiene quien posee un título habilitante y además una normatividad definida para el cumplimiento de la prestación, conforme las exigencias técnicas respectivas, y las preceptivas legales existentes relacionadas con la profesión de que se trate. Ello está vinculado con una característica muy especial del contrato que hoy estamos analizando, ya que antes de su celebración será valorada la capacidad profesional de quien, habilitado por el Estado con un título que reconoce cierta y específica idoneidad, tiene además un prestigio profesional originado por su actuación en el medio en que actúa.

Ello motiva una situación de personal confianza que determinará al locatario para la celebración del contrato, encargan al locador el tratamiento. Es probable, resultando habitual, y conveniente, que en esta etapa precontractual anterior no sólo a la emisión de la oferta, sino también a la posible elección de quién será la contraparte, quien está dispuesto a encargarse el *opus* trate de conseguir referencias concretas sobre la persona e idoneidad profesional de quien resultará su locador.

Constituye una característica especial y específica de este tipo de relación contractual entonces la existencia de una especial confianza en el locatario respecto de la persona del posible locador; ya que el hacer futuro de éste se relacionará estrechamente con el resultado querido por quien resulta ser el que encomienda la actividad profesional específica, que cumplimentada, hará factible la concreción del resultado deseado. Es evidente que aun respecto a la factibilidad del resultado apetecido, esa dosis de confianza significará valiosa colaboración, y ella integrará en gran medida la meritación valorativa que decidirá la manifestación expresa de voluntad, que es el consentimiento necesario para la formulación del respectivo contrato.

Es esa confianza la que, en definitiva, motivará la celebración del contrato. Aun cuando no aparece integrando el acuerdo, ella existe y resulta de elaboración previa al mismo, siendo reconocida como factibilidad integrativa de la posible concertación del acuerdo. Téngase presente que en esta muy especial vinculación médico-paciente, el locador realizará su gestión o trabajo en directa relación con el cuerpo humano de su paciente, patrimonio irremplazable y necesario para la subsistencia del locatario.

Tal confianza hace a una especie de reconocimiento de las virtudes profesionales que posee el facultativo a quien se encomendará la actividad médica.

10. CONCLUSIONES

Podemos resumir postura reconociendo.

a) Que existe una relación contractual válida que liga al profesional-médico con el paciente cuando han celebrado un acuerdo para determinada prestación asistencial, que se rige por la normatividad del Código Civil, aunque el profesional, deba adecuar su comportamiento a lo establecido por ley 17.132 que reguló el ejercicio profesional de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas.

b) Que esa relación contractual rige no sólo su cumplimiento, sino también las consecuencias desvalorosas que pueden producirse como consecuencia del hacer del facultativo, siendo aplicable en la especie, lo normado sobre los efectos de los contratos, en cuanto, a su celebración, prueba, responsabilidades, etcétera.

c) Que la naturaleza jurídica del contrato de prestación médica resulta ser conforme lo indicáramos, proteiforme o atípico y que en cada supuesto concreto se deberá determinar y precisar cuál es la verdadera tipificación que merece el acuerdo: si estamos frente a una locación de servicios, a una locación de obra y hasta un posible mandato.

d) Que como en ninguna otra relación contractual en ésta es necesaria una dosis de confianza previa en el locatario, que hará factible y viable su determinación que se concreta con la elección del locador a quien se le encargará en definitiva el opus concreto que consistirá en el objeto material del contrato.

e) Que la necesaria idoneidad profesional, su prestigio y su reputación personal en cuanto a sus conocimientos, integrará formando parte la dosis de confianza que —insistimos— servirá no sólo para posibilitar la concreción sino también el cumplimiento de la realización acabada del resultado apetecido: la curación del enfermo.