EL CONTRATO DE ATENCIÓN MÉDICA. NATURALEZA JURÍDICA

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA*

RESUMEN: El Código Civil mexicano regula la relación médico-cliente como un contrato de prestación de servicios profesionales. El autor no satisfecho con tal disposición se cuestiona sobre la naturaleza jurídica de dicha relación, porque le parece fundamental para determinar la regulación de ese contrato. Al examinar la heterogeneidad de opiniones, encuentra que ninguna es lo suficientemente convincente, de tal modo que se imponga como única e incontestable, debido a la forma de ejercer la profesión y a la gran diversidad de especialidades médicas. Frente a la problemática de determinar la naturaleza jurídica de cierta relación en la que se involucra un facultativo, se sugiere analizar detenidamente dos componentes importantes: la *forma* en que el médico ejerce la profesión y la *actividad* que realice en cada paso concreto. Por su parte, el ensayista está en *pro* de la creación de un contrato de servicios médicos —típico y autónomo— específicamente regulado en el Código Civil o en la Ley de Salud, al considerar que existen las circunstancias y los medios necesarios que sustentan la actividad profesional del médico.

ABSTRACT: The Mexican Civil Code regulates the physician-patient relationship as a professional services rendering contract. The author is dissatisfied with this provision and he questions the legal nature of the relationship, because he believes it fundamental to determine the regulation of this contract. After he examines the heterogeneity of opinions he finds that none of these is convincing enough to be applied as unique and incontrovertible, due to the manner in which the profession is practiced and due to the great diversity of medical specialties. Given the problem of determing the legal nature of a certain relationship involving a medical professional, he suggests that a detailed analysis be made of two important components: the form in which the physician practices the profession and the activity carried out in each specific step. For his part, the author is in pro of the creation of a —standardized and autonomous— medical services contract, specifically regulated in the Civil Code or in the Health Law, considering that the necessary circumstances and means exist to sustain the physician's professional activity.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Revista de Derecho Privado, nueva época, año I, núm. 3, septiembre-diciembre de 2002, pp. 53-90

[...] ὥσπερ καί τό ἰατρεύειν καί
τό ὑγιάζειν οὐ τό τέμνειν
ἤ μή τέμνειν ἤ φαρμακεύειν
ἤ μή φαρμακεύειν ἐστίν,
ἀλλά τό ὧδί.[1]
(ΑΡΙΣΤΟΤΕΛΟΥΣ, ΗΘΙΚΝ ΝΙΚΟΜΑΧΕΙΩΝ;
L.V, C. IX, 1137 a) 25 in fine).

I. INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda que ejercitar la medicina resulta una actividad asaz compleja, como lo puede ser la práctica de cualquier otra profesión liberal, quizá porque las prestaciones de la profesión o la forma en que se ejecuta pueden ser copiosamente variables.

También resulta incuestionable que el médico, en el ejercicio de su profesión, puede, como cualquier otro profesional, generar con los usuarios de sus servicios relaciones jurídicas obligatorias, las que normalmente se originan de un *acuerdo de voluntades o contrato de atención médica*,[2] aunque existen excepciones, como por ejemplo cuando el enfermo carece transitoriamente de su voluntad (verbigracia, caso del accidentado inconsciente), ya por encontrarse incapacitado (por ejemplo, el esquizofrénico) o por tener limitada su capacidad (verbigracia, el menor de edad), supuestos en los que son los representantes quienes ponen en juego su propia voluntad o, tal vez, *nadie*, concretándose un tipo de *gestión de negocios ajenos* en donde el médico es el *gestor*.

Efectivamente, no puede existir contrato entre el médico y el hotelero que lo llamó a la cabecera de un turista repentinamente enfermo en su

1 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*: "quemadmodum mederi et sanare non est secare aut non secare, medicamento purgare aut non purgare; set sic affectum haec preaestare"; es decir: "practicar la medicina y curar no consiste en cortar o no cortar, aplicar un remedio o no aplicarlo, sino en hacer estas cosas de una cierta manera".

2 Kornprobst (*Contrat de Soins Medicaux*, París, 1960, núm. 27) lo denomina *contrato de asistencia facultativa*; mientras que Forges y Seuvic (*Hospitalité*, París, 1983) como contrato *médico*. Gran parte de la doctrina española lo califica como *contrato de servicios médicos*: por cierto, así titula su libro Fernández Costales, J., *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Civitas, 1988. En este sentido, el Tribunal Supremo español, mediante sentencia de 23 de octubre de 1989, ha dictaminado: "...que para determinar la auténtica naturaleza de un contrato *debe prevalecer la realidad de su contenido*, manifestado por los actos realizados en su ejecución, sobre la *denominación* que le atribuyen las partes de formalizarlo por escrito". Las cursivas son mías.

albergue; ni entre el médico y el testigo presencial de un accidente de tránsito que levanta a una persona herida inconsciente en la carretera y lo transporta a la clínica de aquél. Es evidente que el hotelero y el altruista han actuado así impelidos por deberes de humanidad, cual gestores de negocios ajenos o, si se quiere, como mandatarios tácitos del accidentado. Ellos no deben, por tanto, honorarios al galeno, ya que no hay vínculo personal alguno que los una a la víctima.[3]

Como es evidente, la temática por abordar sobre este interesante contrato es amplia. Sin embargo, conviene puntualizar que el acuerdo de voluntades entre el médico y el paciente lo hemos de circunscribir a la hipótesis de que el médico ejerza como profesional libre en su papel de terapeuta. En esta ocasión, el tema a desarrollar se refiere a la naturaleza jurídica del mismo. Desde luego que no es nada fácil:

> definir el contrato de servicios médicos, alambicar sus caracteres esenciales y las obligaciones de él desprendidas, que constituyen sus efectos; mas la misma dificultad existe para otras convenciones que, asimismo, se establecen de modo normalmente tácito (por ejemplo, con abogados o arquitectos) y nadie pensó jamás en negar su existencia. Pueden, por otro lado y aunque con dificultad, delimitarse con bastante precisión las obligaciones que para las partes engendra el contrato en estudio. La principal obligación del cliente —anticipamos— será una obligación de dar (*do ut*) (honorarios), pero la obligación básica del médico no es de dar (la salud, por ejemplo), sino de *hacer* (*faciat*) (lo preciso para lograrla); o, más propiamente, se trata no de una obligación de *resultados*, sino de *medios*. Es dentro de esta moderna categoría de obligaciones de medios o de diligencia —las más numerosas, por cierto, cuya finalidad última y fundamental se halla fuera de la obligación misma— donde cabe emplazar el deber contractual del médico. No es su obligación tanto el dar la salud al enfermo (siquiera, en ocasiones, porque *ad imposibilia nemo tenetur*) cuanto el poner de su parte todo lo que de él dependa para dársela; lo que viene a añadir a la elemental y clásica concepción de la simple obligación de hacer, un elemento de buena voluntad, de especial dedicación, de resuelto el esfuerzo del obligado.[4]

3 Es más, toda injerencia en los asuntos de otro es, en principio —*ilícita*— "*culpa est* inmiscere *se rei ad no pertinent*" exclamó Pomponio (fr. D., 50, 17); es decir, toda injerencia en los asuntos de otro, es ilícita; en todo caso, la *urgencia* justificaría incluso que se interviniese quirúrgicamente al colapsado, sin su consentimiento, si se encuentra inconsciente.

4 Gitrama González, M., "Configuración jurídica de los servicios médicos", en varios autores, *Estudios en Homenaje...*, Valladolid, 1965, t. I., p. 334.

II. Concepto de contrato de atención médica

Aunque sólo trataremos algunos aspectos de dicho contrato, es conveniente tener una idea más o menos aproximada al respecto. Se trata de un acuerdo de voluntades por el que un profesional[5] de la medicina se obliga a brindar sus servicios médicos o de asistencia facultativa al cliente y éste se compromete a remunerarlos.[6]

De Lorenzo expresa que el contrato médico o de asistencia médica es aquel que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud.[7]

La Ley General de Salud mexicana entiende por atención médica: "el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud" (artículo 32).

Existe una sentencia de la Corte de Casación francesa de 20 de mayo de 1936, que es ya un precedente clásico, por la gran trascendencia que ha tenido en torno a la discusión doctrinal sobre la existencia de un *contrato* de servicios médicos, en donde clara y contundentemente se dictaminó:

> Que entre el médico y su cliente se forma un *verdadero contrato* que comporta para el facultativo la obligación, si no de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta, salvo circunstancias excepcionales, conforme a las reglas del arte, y la violación incluso voluntaria de esta obligación *contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual*.[8]

5 La idea de *profesionalidad* aquí no tiene implicaciones jurídicas; sin embargo, es ilustrativo saber que la hay, cuando una persona convierte una determinada actividad en su *modus vivendi*, es decir, que mediante la realización de dicha actividad consigue los medios económicos para su supervivencia y la de su familia. En suma, es importante ser capaz de generar recursos económicos realizando cierta actividad; pero lo es más tener la intención, el ánimo, de emplear real y efectivamente dicha aptitud como medio de subsistencia personal. *Cfr*. Alonso Pérez, M. T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, J. M. Bosch, 1997, p. 35.

6 "Es un contrato por virtud del cual un profesional de la medicina, mediante una remuneración que toma el nombre de honorarios, se obliga a prestar a un paciente, servicios de atención médica, limitados al ámbito de la preparación que posea el profesional de que se trate"; *cfr*. en Casamadrid Mata, O. R., *La atención médica y el derecho sanitario*, México, JGH eds., 1999, p. 43.

7 Lorenzo, A. de, *El contrato de prestación de servicios médicos*, citado por Fernández Costales, *op. cit*., nota 2, p. 65.

8 "Il se forme entre le médicin et son client un *véritable contrat* comportant pour le practicien l'engagement, sinon bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins non

Resulta, pues, un marco referencial obligado, ya que existió la teoría que llegó a rechazar la índole contractual de la prestación de servicios médicos, de la que más adelante nos ocupamos.

Por su parte, el Tribunal Supremo español reconoció la tesis contractual de este contrato en la sentencia de 7 de noviembre de 1940 al señalar que: "El contrato... molde amplísimo que cobija sin género de duda los servicios superiores y muy calificados de quienes como médicos ejercen las llamadas profesiones y artes liberales...".[9]

Con fundamento en lo anterior, básicamente hay que distinguir dos hipótesis:

a) Relaciones directas entre el facultativo y el cliente. En este supuesto, la atención médica se otorga con base en un acuerdo expreso o tácito en donde intervienen ambos (la existencia de un contrato es actualmente admitida por todos los autores y por la jurisprudencia, pero la discrepancia campea en torno a la naturaleza jurídica).

b) Relaciones contractuales complejas. En este caso hemos de incluir las situaciones en donde el galeno es quien contrata sus servicios con el hospital, con una compañía de seguros u otras hipótesis parecidas, mientras que el cliente contrata con tales personas jurídicas para recibir la asistencia médica, sin detrimento de los matices sobre su naturaleza privada o pública.[10]

Respecto al término más adecuado para nombrar al sujeto *pasivo* de dicha relación contractual, la doctrina todavía no encuentra el más preciso, ya que *paciente* es sinónimo de enfermo, pero también denota al que ejercita la virtud opuesta al vicio de la ira. *Enfermo* es apelativo no muy idóneo para quien acude al médico sin padecer afección alguna, aunque él puede creer otra cosa —enfermo subjetivo—. *Cliente* es una

pas quelconques, mais conciencieux, attentifs et réserve faite des circonstances exceptionelles, conformes aux dones acquises de la science; la violation, même involuntaire de cette obligation contractuelle, est sanctionée par une responsabilité de même nature, également contractuelle"; Arrêt de la Cour de Casation francesa de 20 de mayo de 1936, *Recueil periodique de jurisprudence de Dalloz*, 1936, t. I, p. 88.

9 Pueden verse también las sentencias del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1952, 22 de enero de 1930, 4 de febrero de 1940..., etcétera; particularmente la sentencia de 20 de mayo de 1986, comentada por Fernández Costales en la Ley 1986. Énfasis nuestro.

10 Se trata de supuestos incontratables que suscribimos plenamente. Véase Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2, p. 20.

denominación que el uso ha restringido, quizás excesivamente, a la práctica comercial como equivalente de comprador.[11]

Usuario de servicios de salud, polivalente el primer vocablo que no la locución, empleada por la Ley General de Salud atinente a "toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en esta ley y demás disposiciones aplicables" (artículo 50).[12]

En fin, después de estas explicaciones, es factible usar indistintamente dichas locuciones, eligiendo la más apropiada para cada ocasión.

No menos complicado, resulta, además, determinar la naturaleza jurídica del contrato —de derecho civil— que hoy nos ocupa, el cual regula la relación entre el médico y el usuario de los servicios médicos y los derechos y obligaciones de ambas partes, ya que a lo largo de su historia ha ido evolucionando paulatinamente la cuestión con la idea de decantarla de aspectos erróneos o superfluos.

El asunto es polémico, no sólo por las distintas teorías que esgrime la doctrina y la jurisprudencia, sino también por el interés práctico que presenta esta cuestión, ya que la elección de la solución que se adopte determinará el ordenamiento jurídico aplicable.

III. Teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de atención médica

Ya hemos expresado que normalmente la relación jurídica que nace entre el médico y su cliente surge cuando éste requiere de aquél sus servicios médicos o de asistencia facultativa y, en virtud de ello, se otorgue un consentimiento recíproco mediante el concierto de voluntades. Desde luego que la doctrina y la jurisprudencia que han analizado tal planteamiento, admiten con carácter de generalidad la probabilidad de la existencia de un contrato en la relación arriba descrita. Sin embargo, existe una serie de casos que con más o menos frecuencia nos presenta

11 Gitrama González, M., *op. cit.*, nota 4, p. 334; y Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2, p. 110, quien suscribe la opinión de Gitrama.

12 El artículo 51 de dicho ordenamiento precisa: "los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir *atención profesional y éticamente responsable*, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares". Las cursivas son mías.

la práctica, los cuales al introducir ciertos matices no encajan del todo en la hipótesis ordinaria y habitual. Ellos son, a mi juicio, la fuente de discrepancia respecto a la naturaleza jurídica de la atención médica.

Al respecto se han planteado diversas teorías. En esta oportunidad revisamos: mandato, arrendamiento de servicios, prestación de servicios profesionales, arrendamiento de obra, contrato de trabajo, contrato innominado, contrato *sui generis*, contrato mixto y contrato multiforme.

IV. Hipótesis acontractualista

Aunque este parecer ha sido abandonado como objeto de estudio, resulta provechoso conocer sus argumentaciones en la medida en que nos sirvan para comprender los razonamientos de las demás teorías.

Son los juristas franceses representados por Aubry et Rau quienes al negar el carácter contractual de la relación médico-usuario de los servicios médicos (médico-*paciente* para otros), sostienen la tesis de que los *actos* que emergen del ejercicio de una profesión literaria, científica o artística no pueden ser directamente motivo, *objeto* de un contrato; consecuentemente quien los prometió no puede ser *civilmente* obligado a cumplir con su promesa. De ahí que el compromiso contraído por un facultativo de tratar a un enfermo (o por un abogado de defender una causa) no produce contra ellos acción contractual alguna. En tal virtud, los *actos* de ejercicio de una profesión literaria, científica o artística —dicen— no constituyen ni locación de servicios ni siquiera contrato civilmente obligatorio. La inteligencia del ser humano —añaden— no radica en el comercio y tampoco lo están los frutos de ese intelecto. Dichos actos son una gentileza de quien los ofreció, de modo que el sentido moral, como los principios jurídicos, censurarían la pretensión de aquél que intentase reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de ofrecimiento o promesa tal.[13]

Ahora bien, los propios autores aceptan la fuerza obligatoria de los contratos cuyo objeto consista en realizar una cosa o producir (*opus*), pese a que para dicha acción se echase mano de talentos artísticos. De ese modo, estiman civilmente eficaz el compromiso adquirido por un pintor para elaborar un cuadro o por un escritor de entregar una obra

13 Aubry y Rau, *Cours de droit civil français*, 4a. ed., París, Imprimerie et Libraire Generale de Jurisprudence, t. V, parágrafo 371 bis, p. 388.

para su publicación o representación. Aunque —según ellos— esto ya es contrato de empresa u obra hecha. Sin embargo, otorgan eficacia jurídica a la promesa de remuneración pactada a favor del profesional por sus actos valiosos (*operae*). Tal promisión de recompensa es válida, dicen, y obligatoria, amén de que su ejecución puede ser exigida ante el foro.[14]

A todas luces, esta tesis se cimienta en un doble enfoque: el *típico* de la tradición jurídica romana relativo a la profesión médica y la consideración *genérica*, también de impronta romana, que proclamaba "*nemo ad factum cogi potest*" (nadie puede ser obligado a actuar —a realizar una determinada conducta—). En efecto, en Roma, el ejercicio de la medicina primero se subestimó, al punto de considerarlo inconciliable con la dignidad del ciudadano, de modo que prácticamente eran sólo los esclavos quienes profesaban la medicina, y naturalmente en forma gratuita; más tarde, al honrarse y enaltecerse a dicha actividad se consideró que el facultativo proporcionaba un servicio de amigo, de modo que el carácter generoso de su arte se manifestaba en la gratificación especial, "*honoso*", esto es, premio al honor (de ahí lo de honorarios), justa retribución —que no contraprestación— por sus servicios.[15]

Esta teoría, además de científicamente errónea, deviene disonante con los requerimientos de la vida actual y, por ello mismo, es objetada unánimemente.[16] Desde luego, el galeno que desarrolla su profesión puede, al igual que otro profesional, comprometerse con su clientela mediante vínculos obligacionales perfectamente lícitos y válidos. Hoy en día, no puede negarse al médico la facultad de vivir del ejercicio de la medicina; su derecho a los honorarios, como contraprestación a sus servicios en el ámbito de un contrato normalmente oneroso, así como reconocer que

14 *Idem*.

15 Gitrama González, M., "Configuración jurídica de los servicios médicos", en varios autores, *Estudios de derecho público y privado...*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1966, vol. I, p. 341.

16 *Idem*. Apoyan la tesis acontractualista: Mignon, M., "Le fondament juridique de la responsabilité civile des médicins et chirurgiens", *Recueil Dalloz periodique et critique de jurisprudence de legislation, et de doctrine*, 1950, p. 121. En Francia, están por el contrato: Demogue, *Traité des obligations en general*, París, LAR, 1923, t. VI, núm. 181; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3a. ed., París, LRS, t. II, núm. 490; Mazeaud-Tunc, *Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil*, 5a. ed., trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1962, t. I, vol. II, núm. 508; Planiol-Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Habana, Cultural, 1927-1945, t. VI, núm. 524; Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 2a. ed., París, LGDJ, 1962, t. II, núm. 775.

también la clientela está autorizada por el mismo convenio, para exigir del facultativo la conducta, la diligencia que éste se comprometió ejecutar.

Variante de la tesis acontractualista

Hay quienes sostienen que las obligaciones del terapeuta frente a su paciente provienen de un orden profesional cuyo origen y razón de ser radica en la *ley*, no en un contrato. Aquéllos explican que el galeno se obliga, sí, a brindar sus servicios al paciente, pero si falla en el ejercicio de su profesión no constituye incumplimiento de obligación contractual, sino quebrantamiento de obligaciones legales y profesionales. Se fundamentan no sólo en los precedentes romanos antes referidos y en lo problemático que resulta fijar los honorarios y la consecuente prestación debida al arte de curar, sino también en el criterio que adoptó la jurisprudencia francesa —los artículos 1382 y siguientes del Código Civil análogo al artículo 1910 del Código Civil federal mexicano— para sustentar la posible responsabilidad de los médicos en el desempeño de su actividad, casi ininterrumpidamente hasta el año de 1936.[17]

Pero, como bien ya se expresó con ánimo discrepante,[18] reconocida la existencia de un contrato, no se entiende por qué entre las obligaciones que de él se derivan, no pueda estar la de acatar las reglas profesionales. Aun cuando ellas precedan al contrato, pueden formar parte de su contenido y, consecuentemente, su transgresión implicará violación contractual. Es más, Peytel y Falcimaigne enseñan que el médico *se obliga* a sí mismo, no que ya y previamente se encuentre obligado, desde fuera, por la ley o el reglamento.[19]

En la doctrina española, básicamente dos son las objeciones que se oponen a la existencia del contrato: *a)* Ilicitud del objeto por tratarse del cuerpo humano, y *b)* Carácter no reglamentado de la profesión liberal. Con respecto a la primera, se explica que quienes hablan de ilicitud del contrato por tratarse del cuerpo humano confunden el objeto contractual que, en realidad, no es el cuerpo humano, sino unos servicios brindados por un profesional y en contraprestación el pago de unos honorarios. En

17 El artículo 1382 del Código Civil francés es el punto de partida de la responsabilidad extracontractual, en general por actos ilícitos: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le rèparer*.

18 Mazeaud, *op. cit*., nota 16, núm. 206, p. 2; Planiol-Ripert, *op. cit*., nota 16, núm. 532.

19 Peytel, A., *La responsabilité medicale*, París, 1935, p. 21.

tal virtud, el cuerpo humano será el lugar donde se efectúan los servicios que son el objeto del contrato, pero jamás directamente el objeto contractual; por lo que este obstáculo al no hallar justificación debe eliminarse. En cuanto a la segunda objeción, se argumenta que la libertad —la cual singulariza a la profesión liberal— pervive en algunos aspectos, como la aceptación o no del cliente, y sobre todo en el modo de operar del profesional en su actividad; pero nunca es tan omnímoda que no se regule por una normatividad, ya se trate de los estatutos del colegio de profesionales o de códigos deontológicos que establezcan los deberes mínimos de los médicos.[20]

V. Teoría del contrato de mandato

Dicha teoría tiene su origen en el derecho romano, ya que el trabajo en Roma era fundamentalmente ejecutado por los esclavos, de modo que eran raros los contratos cuyo elemento objetivo fuera la prestación de trabajo libre.[21]

En efecto, en Roma, el arte médico se introdujo hacia el s. VI a. de C., cuando algunas familias poderosas requirieron los servicios de esclavos griegos diestros en el arte de Hipócrates. No hay que olvidar que en el esplendor de la Roma imperial, las familias patricias contaban —entre sus servidores— a un médico, un poeta, un gramático, un músico, etcétera. Los libertos, pues, fueron predominantes —durante largo tiempo— en el ejercicio libre de la medicina, hasta lograr gran respetabilidad e importantes fortunas. Con el andar del tiempo, dichos profesionales fueron insuficientes para atender a la población, por lo que Julio César invitó a muchos médicos extranjeros de condición libre para que radicasen en la urbe. La reacción no se hizo esperar. Cautivados por las canonjías, numerosos galenos respondieron a la convocatoria, pues no sólo se convirtieron en ciudadanos romanos, sino también recibieron honores y privilegios, al punto de que los propios romanos —antes ajenos al oficio— optaron por la profesión. Desde luego que no faltaron los excesos en el ejercicio de tal ocupación, lo cual fue acremente censurado por Catón "el Censor" o Plinio "el Naturalista", entre otros. Sin em-

20 Fernández-Hierro, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, pp. 20 y 21.

21 Schulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. de Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 520.

bargo, la fama y el prestigio de los galenos se encumbró con la enseñanza de la medicina, practicada ya bajo el cetro de Septimio Severo (193-211 d. de C.) y catalogada entre las artes liberalísimas.[22]

Ahora bien, los arrendamientos en el derecho romano fueron de dos tipos: el de la locación de la cosa (*locatio conductio rei*), en la que es el *conductor* quien paga la *merces* por el uso de una cosa, y el de la locación de obra (*locatio conductio operis*) en la que es el *locator* quien paga la obra encargada por él; ambos, sobre todo el segundo, permitieron muchas variedades. Por ejemplo, la *locación de servicios* es un subtipo del arrendamiento de cosa. Pudiera tratarse de los servicios de una esclavo. Aquí no es tanto el esclavo mismo la cosa arrendada cuanto su *trabajo* mercenario. Esto deviene más ostensible cuando no es un esclavo sino un liberto quien coloca sus servicios; entonces ya no se trata de *cosa* arrendada, sino de *operae locatae (locatio conductio operarum)*, siendo *locator* el propio liberto que trabaja, como hacen los esclavos, a cambio de una merced (*mercenarius*). Aquí la retribución debe ser proporcional al trabajo rendido por el *locator*: la obligación de éste es de *dare operas*, y divisible.[23]

Así pues, el arrendamiento —*locatio*— era una figura adecuada para albergar la prestación de trabajos serviles.[24] De ahí que pudieran ser objeto de *locación*, todos los servicios posibles, lícitos y honestos, cuando pertenecieran a la categoría de *mercenarios*, entre los que definitivamente no se hallaban los propios de las profesiones intelectuales; esto es, los prestados por abogados, médicos, profesores, agrimensores, etcétera.[25]

Ello significaba, por un lado, distinguir las ocupaciones liberales (*operae liberales*) de las serviles (*operae*), en donde la actividad de la in-

22 Bonet Ramón, F., "Naturaleza jurídica", *RDP*, España, 1941, p. 161.

23 D'Ors, A., *Derecho privado romano*, 3a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1977, parágrafos 500 y 509.

24 Fernández Barreiro, A. y Paricio, J., (*Fundamentos de derecho privado romano*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 364) expresan: "razones de índole social circunscribieron los servicios susceptibles de este contrato a trabajos de tipo material o serviles, excluyendo los de naturaleza intelectual o los propios de las profesiones liberales".

25 Hernández Tejero, J., *Lecciones de derecho romano*, Madrid, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, p. 364 (las cursivas son nuestras); Longo, G., voz: "Mandato. Diritto romano", *NDI*, t. X, p. 105. *Locator* era quien se obligaba a suministrar la cosa o trabajo —*qui locat opus faciendum*— *conductor* el que debe ejecutar el trabajo. De modo que el *locator* es quien paga la *merces* y el conductor quien la recibe, Ulpiano, L. 13., parágrafos 5, 6, 10 d., locat, XIX, 2; Petit, E., *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de la 9a. ed. francesa por Ferrández, México, Ed. Nacional (reimp.), 1971.

teligencia y del espíritu por no ser valorables pecuniariamente, no podían constituir objeto de un contrato civil obligatorio, y consecuentemente carecía de acción la inejecución de la remuneración pactada.[26] Tenían, pues, régimen jurídico distinto.

De ahí que los profesionales intelectuales sometían su actividad al mandato, el cual era fundamentalmente gratuito.[27] En tal virtud, el médico prestaba un servicio de amigo, como mandatario del enfermo,[28] por lo que la gratuidad del mandato implicaba impagabilidad de los servicios médicos. La aplicación de dicha regla no fue tan absoluta como en un principio pudiera parecer.[29] Se ideó entonces un procedimiento para que el galeno, ya profesional libre, no esclavo, tuviese remuneración por su actividad. La praxis social se impuso y generó la elaboración, por los jurisconsultos, de la distinción entre *honorarios* y *merces*.[30] Este artificio —de aristocrático ropaje— permitió que lo recibido por ejecutar un mandato no se considerase nunca como valor de cambio por el servicio prestado —*merces*— sino que se entendía como un agradecimiento, un reconocimiento, un premio al honor, nunca una ganancia —de ahí lo de

26 Los autores que primeramente negaron que los actos derivados del ejercicio de una profesión literaria, científica o artística pudiesen constituir directamente el objeto de un contrato, más tarde otorgaron eficacia jurídica a la promesa de remuneración hecha a favor del profesional por los actos inestimables de éste. Tal promesa de remuneración es válida, dicen, y obligatoria, y su ejecución puede ser perseguida judicialmente; *idem*.

27 Iglesias, J., *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1985, p. 452. Paulo expresó: "Es nulo el mandato, si no es gratuito porque trae su origen de la oficiosidad y de la amistad [*amicitia romana*]: luego la retribución es contraria a la oficiosidad, porque interviniendo dinero la cosa tira más bien a locación y a conducción [*locatio-conductio*]", D. 17.1.1, 4. "Si por causa de remunerar medió gratificación habrá la acción de mandato", Ulpiano, D. 17, 13, 1, 6.

28 Ihering (*El fin en el derecho*, trad. de Diego Abad de Santillán, Puebla, Cajica, 1961, núms. 55-58) enseña que en la antigua Roma, como en todos los pueblos —y entre los individuos— de primitiva civilización, se tenía una idea grosera del trabajo; sólo el de tipo corporal merecía retribución, pues consistía en un hecho sensible traducido en un resultado palpable. El trabajo intelectual no era trabajo, por no requerir esfuerzo ni sufrimiento, y al no fatigar al individuo, no confiere derecho para reclamar un salario. Traducido, como es, en consejos del abogado, *prescripciones del facultativo*, explicaciones del profesor, se gratifica también con palabras —"Dios se lo pague"— pero sin entregar nada. Por eso —explica Ihering—, en Roma se consideraba ruindad el hecho de hacerse pagar el desempeño intelectual. El que se pagaba era el manual, y por ello se despreciaba tanto.

29 Bonet Ramón, F., *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, Bosch, 1941, pp. 55-57; citado por Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 63. Véase además Savatier, Jean, *La profession liberale. Etude juridique et pratique*, París, LGDJ, 1947, pp. 26 y 27.

30 Bonet Ramón, F., *Naturaleza jurídica...*, *cit.*, nota anterior.

honorarios—.[31] Por lo que, como dijimos anteriormente, no procedía reclamarla mediante la *actio mandati contraria*.[32] Sin embargo, durante la época clásica, ya se podía cobrar dichos estipendios a través de la *persecutio (actio) extra ordinem*.[33] Excepción como ésta del cobro de honorarios exigibles *per extraordinariam cognitionem* a aquella regla clásica *mandatum gratuitum esse debet*.[34]

En suma, conforme a lo anterior, se infiere que el *mandato* —esencialmente gratuito— disciplinó, en Roma, la actividad de los profesionales intelectuales, mientras que el *arrendamiento* reguló los trabajos serviles. Concretamente, la relación médico-cliente se reguló en el derecho romano como un contrato de mandato, en donde el mandante era el enfermo, el mandatario era el galeno, y la encomienda se reducía a procurar la salud del paciente.[35]

La asimilación a la figura del mandato ha sido criticada, con fundamento, por varios juristas.

La doctrina, complementada por la legislación y en ocasiones por la jurisprudencia, encuentra varias razones para estimar que el contrato de mandato no es el adecuado para normar las relaciones entre facultativo y cliente:

a) El mandato regula sólo actos jurídicos,[36] mientras que los *actos médicos* son actos *materiales* aun cuando puedan provocar consecuencias jurídicas.

Clara y expresamente así lo establece el artículo 2546 del CCF, al igual que el artículo 1703 del CC italiano, no así los artículos 1984 del CC francés y 1709 del CC español. De aquí que el espíritu del legislador

31 El concepto de *honorarios* se opone al de salario; distinción que actualmente es irrelevante en la medida en que ambos son exigibles; Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5, p. 63.

32 Iglesias, J., *op. cit*., nota 27, p. 414. La acción de mandato podía ser interpuesta por el mandatario contra el mandante, para demandar precisamente el cumplimiento de las obligaciones normales originadas por el contrato de mandato (D. 17, 1, 5, 8.10.27; G. 3, 161. I. 3.26, 8.13; C.4.33.16.).

33 Amirante, L., voz: "Locazione", *NDI*, t. IX, p. 994. Se trataba de un procedimiento romano extraordinario que desde el emperador Dioclesiano se convirtió en normal u ordinario, del cual conocía de principio a fin un magistrado (D.50.13).

34 Arias Ramos, *Derecho romano*, Madrid, 1947, pp. 392 y 393.

35 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 347; Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5.

36 Puede consultarse De Diego, *Instituciones de derecho civil*, Madrid, 1959, t. II; Sierra P., voz: "mandato", *Nueva enciclopedia jurídica*; García Valdecasas, "La esencia del mandato", *RDP*, España, 1944; Sánchez Medal, R., *De los contratos civiles*, 3a. ed., México, Porrúa, p. 256; Lozano Noriega, F., *Contratos*, 2a. ed., México, ANNM, 1970, p. 435.

al reglamentar el mandato, se refiera siempre a actos y materias *jurídicas* (administrar, transigir, enajenar, hipotecar, ejercitar acciones, contratar, contraer obligaciones..., etcétera) y no a actos o hechos materiales, que claramente son los que efectúa el galeno, considerando la misión que en conjunto le viene asignada, tarea que consiste en una función técnica y no en la ejecución de actos jurídicos.[37]

b) Catalogar la relación médico-cliente como mandato implica aplicarle el régimen jurídico propio de dicho contrato, lo cual no es congruente con el espíritu legal que debe regir dicha relación.[38]

Al respecto, conviene examinar el alcance que puede tener el artículo 2562 del CCF y el 1719 del CC español (coincidentes en esencia), ya que su aplicación nos conduciría a consecuencias ilógicas e incoherentes. Dichos preceptos indican que el mandatario debe sujetarse a las instrucciones del mandante. ¿Dónde quedó entonces la tan alardeada independencia que debe regir el ejercicio de las actividades intelectuales? El médico no tiene por qué seguir en su trabajo las indicaciones del usuario de sus servicios. Éste —señala Fernández—[39] no puede marcarle de una manera inmediata y concreta los límites de su actividad en el aspecto técnico, ya que aquél ejerce su profesión conservando total autonomía en el desarrollo de su actividad porque posee conocimientos especiales.

En este sentido, la conciencia profesional es la suprema norma que gobierna a quienes ejercen profesiones liberales, por lo que no sólo pueden ajustar sus acciones a dicha conciencia, sino que están obligados a esto.[40]

Así pues, ni el mandatario (el médico) queda sujeto a las instrucciones del paciente (el mandante), como debería quedar de acuerdo con la ley, y por lo tanto sin libertad de seguir su criterio en la ejecución del mandato, porque precisamente es el médico quien actúa con su característica independencia y libertad profesionales, una vez que el enfermo admite sus propuestas terapéuticas;[41] ni el objeto de la encomienda en el supuesto

37 Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2. En este sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia mexicana, calificando la distinción de actos jurídicos y hechos materiales como *diferencia esencial*. Ejecutoria aislada; *SJF*, t. XXXVII, Ritzau Kurt, 28 de febrero de 1933, p. 1214.

38 *Ibidem*, p. 39.

39 *Idem*.

40 Lenel, "El mandato retribuido", *RDP*, España, 1928, pp. 369 y 370.

41 ¿Necesita acaso el galeno acatar las indicaciones del cliente en su tratamiento? ¿Debe rendir cuentas? ¿Tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los daños que pueda sufrir por el ejercicio de su profesión? Es evidente, pues, que los principios del mandato provocarían

a examen, es —como ya se expuso antes— la realización de actos jurídicos; ni mucho menos tiene por objetivo la gestión de los negocios del mandante con los terceros. Así que el médico desempeña su actividad y actúa en su propio nombre, aunque en provecho también ajeno. En fin, como ya sabemos, el mandato es normalmente gratuito, comúnmente incluye la representación, persigue un resultado jurídico, requiere una tripleta de relaciones jurídicas (mandante, mandatario y terceros), tiene por causa la sustitución... todo lo cual no se ajusta al contrato entre el cliente y el facultativo.[42]

c) Por otra parte, es inexacto que la actividad intelectual no sea susceptible de evaluarse económicamente; además, la gratuidad no es privativa de la esencia actual del mandato, ya que según el artículo 2549 del CCF, tanto puede ser gratuito como oneroso; y en última instancia, el otorgamiento de un mandato implica autorizar al mandatario a ejecutar, por cuenta del mandante, *un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza* (artículos 2546 del CCF; 1869 y 1871 del Código Civil argentino), lo cual, insistimos, no está de acuerdo con el requerimiento del enfermo ni con los servicios que el médico presta.[43]

d) Otra de las tesis enfatiza la esencial revocabilidad del mandato (artículos 2595, y particularmente 2596 del CCF), que no permite la indemnización de daños y perjuicios si se produce, lo cual no es lo más apropiado ni equitativo que acontezca en la relación profesional-cliente.[44]

e) Una postura más sostiene que ha desaparecido el sustrato sociológico que era la base de sustentación de esta teoría. En efecto, merecen consideración tanto los profesionales dedicados a tareas intelectuales

aquí resultados ciertamente absurdos; *ibidem*, p. 70. Los médicos —dice De Diego— no son mandatarios de sus clientes, pues no hacen por ello acto jurídico alguno, sino que prestan su ministerio y sus servicios en provecho de otro; De Diego, *op. cit.*, nota 36, p. 128.

42 Gitrama González, M., *op. cit.*, nota 15, p. 351.

43 Yungano *et al.*, *Responsabilidad profesional de los médicos*, 1a. reimpr. de la 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 1982, p. 90. "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" (artículos 2546 del CCF y 1869 del CC argentinos). Malaurie, F. y Aynés, L., (*Cours de droit civil. Les contrats speciaux*, París, Eds. Cujás, 1994/1995, pp. 277, 288) consideran que la gratuidad romana del mandato marca la regulación actual del mismo y dicen que *por su naturaleza —no por su esencia—* es gratuito; admiten un mandato comercial que es oneroso, y al que no se aplica la regla de la libre revocabilidad.

44 Fernández-Hierro, *op. cit.*, nota 20, p. 26.

como los que realizan trabajos materiales.[45] No olvidemos que era ésta la causa por la que el derecho romano consideraba dichas relaciones como contratos de mandato.

La jurisprudencia española, por su parte, ha otorgado —en tesis aisladas— la calificación jurídica de *mandato* al contrato realizado por las personas que ejercen las profesiones liberales.[46] Posteriormente, el Tribunal Supremo español ratificó dicho parecer al declarar como *mandato* la relación entre un abogado y su cliente; criterio que la doctrina acota al señalar que no se puede extender a todo tipo de contrato verificado por un profesional liberal, y en concreto un médico, por las especiales características del caso examinado, y particularmente de las prestaciones que puede llevar a cabo un abogado, ya que su actividad es infinitamente variable.[47]

Al respecto, el criterio de los tribunales federales mexicanos ha sido muy explícito al declarar: "entre el contrato de prestación de servicios, y el de mandato, hay grandes *semejanzas*, que hacen difícil, muchas veces, distinguir cuándo se trata de uno u otro de esos contratos; mas no por eso *deben confundirse*, pues sus *efectos legales son muy diferentes*...".[48]

En México, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia había venido reiterando como criterio aplicable la *supletoriedad* de las normas del mandato para el contrato de prestación de servicios profesionales; ello en apoyo del artículo 2406 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884, jurisprudencia que perdió su vigencia cuando se modificó dicho artículo; ello sucedió al entrar en vigor el nuevo Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1928, en donde al regularse el contrato de prestación de servicios (artículo 2606) el legislador elimina dicha supletoriedad. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia mantuvo dicha jurisprudencia hasta el Apéndice 1917-1995, en donde aparece una nota advirtiendo que dicho criterio ya no está vigente, pues "el texto actual de los preceptos que rigen el contrato de prestación de servicios profesionales (artículo 2606 del Código Civil de 1928) ya no remite como supletorias a las normas del mandato, que es el tema de la tesis".[49]

45 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, pp. 349 y 350.

46 Sentencias del 22 de febrero y 14 de junio de 1907.

47 Fernández Costales, *op. cit*., nota 2, p. 38.

48 *SJF*, t. XXI, p. 886. ACD, González y González, Ernesto, 24 de septiembre de 1927.

49 *Cfr*. apéndice al *SJF*, 1917-1995, t. IV, tesis 742, materia civil, p. 542. El apéndice al *SJF*,

Sin duda que el espíritu del derecho romano ha permeado en mayor o menor grado la regulación que de estas materias contienen gran parte de los códigos civiles modernos, además del nuestro (artículos 2546-2604 del CCF, expresamente el 2547 2),[50] el francés (artículos 1984-2010),[51] el español (artículos 1709-1739, concretamente el 1711 2),[52] el italiano (artículos 1703-1730);[53] también el suizo de las obligaciones (artículos 394-396),[54] el alemán (662-676);[55] particularmente el chileno es muy elocuente al declarar en su artículo 2118: "Los servicios de las profesiones

1917-1988, confirmaba lo dicho por el artículo 2406 del Código Civil de 1884; *cfr*. tesis 1041 y 2256.

50 Zamora y Valencia (*Contratos civiles*, México, Porrúa, 1981, pp. 182 y 190) estima que dicho precepto confunde el mandato con el contrato de prestación de servicios profesionales, ya que requiere que la persona a la cual se dirige la comunicación, ofrezca al público el ejercicio de su profesión, por lo que debiera estar situado en el capítulo que regula la prestación de servicios profesionales. Sánchez Medal (*op. cit*., nota 36, p. 282) comenta, además, que el Código Civil mexicano de 1870 estimó que la prestación de servicios en general tenía más semejanza con el *mandato*, por esto lo reguló inmediatamente después, sin dedicar disposiciones en particular a la prestación de servicios profesionales. Mientras que el Código Civil mexicano de 1884 consideró a la prestación de servicios profesionales como una *especie* del mandato, y ordenó que las disposiciones reguladoras del mandato funcionaran como *supletorias* del contrato de prestación de servicios profesionales (artículo 2406). Fue hasta el Código Civil de 1928 en donde ambos contratos tuvieron una especial reglamentación propia. Y en donde *las disposiciones relativas al mandato* ya dejaron de ser supletorias del contrato de prestación de servicios profesionales. Los dos últimos renglones son añadido nuestro.

51 Troplong estima que el Código Civil francés acoge la doctrina de los jurisconsultos romanos de considerar los servicios prestados por profesionales liberales como mandato; *De l'echange et du louage*, Bruxelles, 1841, p. 232. En el mismo sentido, Baudry-Lacantinerie, *Traité theoriqué et pratique de Droit civil*, 3a. ed., París, 1907, p. 187.

52 En el derecho positivo español, la definición que el artículo 1709 del CC da del mandato y aún la excepción al principio de la gratuidad consignada en el artículo 1711, párrafo 2o., parecen autorizar —por la vaguedad de sus términos definidores— la doctrina tan ardorosamente sustentada por Troplong. La vaguedad e imprecisión del concepto que proporciona el CC español, permite encuadrar perfectamente los servicios prestados por los profesionales liberales. Amén de que la presunción de onerosidad del mandato se introdujo precisamente para incluir en la figura del mandato los servicios prestados por dichos profesionales, que —de otra forma— habían de ser considerados como contratos innominados; Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5, pp. 165, 166 y 167.

53 Ruggiero, R. de, *Instituciones de derecho civil*, Reus, t. II, vol. 1, 1977.

54 Dicho precepto expresa —en el párrafo 2o.— que se someten al mandato todas las prestaciones de servicios que no se regulen por las normas de otro contrato. Por tanto, —conforme a lo que enseña Thelin, M. H., *La responsabilité civile du médecin*, Lausana, 1943, p. 17— las reglas del mandato juegan el papel del *passe-partout*-comodín, a falta de otras disposiciones particulares. Es un pretexto operativo que permite encuadrar en un marco jurídico flexible las obligaciones del médico y del dentista; Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 348.

55 El BGB mantiene la gratuidad del mandato.

y carreras que suponen largos estudios o a las que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona frente a terceros, se sujeta a las reglas del mandato".

En fin, las razones y los argumentos que se han aportado para atribuir la naturaleza de mandato al contrato médico no son consistentes ni por ende convincentes. Está claro, pues, que la hipótesis del mandato está hoy totalmente superada en su antigua aplicación a la relación jurídica médico-cliente. Tal vez, un supuesto toleraría la normación del contrato de mandato, para cuando un médico, por ausencia de hecho, enfermedad o causa análoga, encarga temporalmente a otro colega que lo reemplace y supla cerca de su clientela particular, a quien lo presenta e insta para que acepte.[56] Dicha hipótesis tampoco implicaría un mandato, pues tal asistencia facultativa es de contenido material.[57]

VI. Tesis del arrendamiento de servicios

Una parte considerable de la doctrina piensa que el contrato médico-paciente es un arrendamiento en el que una persona promete a otra la *prestación de servicios* —sin consideración a su resultado— y ésta última promete una remuneración de cualquier tipo; en nuestra ley, un precio en dinero.[58]

En la Roma clásica existían tres posibilidades para regular las relaciones laborales: *a)* El trabajo se presta a aquel que lo solicita a cambio de una remuneración a jornal o a destajo (*locatio conductio operarum*); *b)* Entregando una obra terminada, encargada y por cuenta de otro (*locatio conductio operis*), y *c)* vendiendo un producto realizado por cuenta propia (*emptio venditio*). El contrato subordinado se regía mediante el contrato de arrendamiento, pues en la compraventa no se presenta dicha

56 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 351.

57 Fernández Costales, *op. cit*., nota 2, p. 40.

58 El artículo 1493 del Codigo Civil argentino dice: "habrá locación, cuando dos partes se obligan recíprocamente, la una a... prestar servicio; y la otra a pagar por este... servicio, un precio determinado en dinero". El artículo 2606 del Código Civil federal mexicano apunta: "El que presta y el que recibe los servicios profesionales, pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos". Colin y Capitant, *Curso elemental de derecho civil francés*, Madrid, Reus, núm. 703, 1981; Bonet Ramón, "El mandato retribuido", *RDP*, 1935, p. 397; véase Fernández Costales, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pp. 98 y ss.

subordinación a la persona para la que se trabaja. De cualquier forma, el ceder las propias energías de trabajo se estimó como algo no digno de una persona libre. Tal apreciación tenía una gradación. Al final de la escala estaban una serie de actividades —las artes liberales— que quedaron, en principio, fuera del marco de la *locatio conductio* y que merecieron mejor consideración social. Por ellas, por tanto, nunca podría cobrarse una *merces*, pero sí una compensación económica —*los honorarios*—.[59] Por lo que cuando el mandato admitía remuneración, degeneraba en arrendamiento de servicios.[60]

Con base en esa misma línea, Enneccerus, en Alemania, consideró que el contrato de arrendamiento de servicios puede tener por objeto los de cualquier naturaleza, sean corporales o intelectuales, de un orden más o menos elevado, tanto los abogados, médicos, arquitectos y otros profesionales liberales; todo lo cual significa que todo servicio prestado por estos profesionales debe encuadrarse en el molde del arrendamiento de servicios, ya que "no es la profesión del obligado ni la índole del servicio lo que justifica la calificación dada al contrato".[61]

Ahora bien, conviene aclarar que el médico no promete curar al enfermo sino prestar los cuidados que su profesión indique para facilitar su restablecimiento.

La mayoría de la doctrina española en esta materia coincide en señalar que las relaciones entabladas por estos profesionales en el desempeño de sus actividades son, por regla general, enmarcables dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios que regula el artículo 1544 del CC.: "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto". O bien un concepto doctrinal que por amplio nos permite mayor contenido: "contrato por el que una de las partes se obliga a desplegar respecto de la otra una determinada actividad polarizada en el trabajo

59 Gómez-Iglesias Casal, Ángel, "De la *locatio conductio* al contrato de trabajo", *Civitas*, núm. 70, marzo-abril de 1995, p. 182.

60 De Diego, *op. cit.*, nota 36, p. 129.

61 Enneccerus, *Derecho de obligaciones*, 3a. ed., Barcelona, Bosch, 1948, vol. II, 1a. parte, p. 458. Así, el BGB declara en su parágrafo 611.2, que pueden constituir objeto del contrato de arrendamiento de servicios, *servicios de todo género*, lo que se interpreta como amparador bajo dicha rúbrica del contrato que liga con sus clientes a los profesionales superiores (abogados, médicos, profesores particulares).

mismo, a cambio de una remuneración proporcional al tiempo, a la cantidad o a la dificultad del trabajo desarrollado".[62]

Así que con base en lo anterior, dado que el Código Civil español no contiene una regulación expresa del contrato de prestación de servicios *intelectuales*, no es óbice que la asistencia facultativa se encuadre dentro de la figura del contrato de servicios *lato sensu*. El objeto primordial de este contrato es la *actuación* a través de una serie ordenada de servicios que los médicos (como cualquier otro profesional) se obligan a prestar a cambio de unos honorarios y, por supuesto, conservando aquéllos una absoluta independencia.[63]

Por otra parte, se pueden calificar como contratos *completos* aquellos en los que la persona que acude al profesional plantea su problema —del orden que sea: médico en el caso que hoy nos ocupa, pero también podemos pensar en lo jurídico o arquitectónico— y solicita al profesional que intente resolverlo.[64]

Ahora bien, la doctrina estima que si las partes no configuran expresamente determinado contrato como de obra o como de servicios propiamente dichos, nada obsta en considerar contratos de servicios propiamente dichos aquellos en los que la tarea del profesional engloba todo el proceso resolutivo de un problema de orden jurídico o médico que apremie al prestador. En tales casos, podemos entender que el profesional se compromete a realizar todo lo que esté a su alcance para solucionar el problema y lograr, de este modo, el fin perseguido por el cliente, pero no a la consecución del resultado que pretende el prestatario.[65]

La jurisprudencia hispana confirma esta tendencia desde la sentencia de 27 de octubre de 1899, y con el paso del tiempo ratifica esta posición clara y abiertamente en sentencias posteriores que devienen prototípicas como la del 16 de febrero de 1935. En este sentido, vale la pena conocer la del 2 de junio de 1960 cuya elocuencia es patente y preclara al declarar:

62 Bonet Ramón, "El mandato...", *cit*., nota 58, p. 397; Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, pp. 366 y ss. La ley francesa de 19 de abril de 1951 que regulara el ejercicio y organización de las profesiones de médico, cirujano, dentista y comadrona, deja asimismo entrever la tesis del arrendamiento de servicios.

63 Blanco Soler, *RCI*, 1943, p. 654.

64 Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5, p. 156.

65 *Idem*. Es de explorado derecho que las obligaciones que contrae el médico son de medios y no de resultados.

Según la teoría hoy prevalente en el campo científico, el contrato relativo al ejercicio de una profesión liberal, *no es otra cosa que un* arrendamiento de servicios, *ya que desde el punto de vista de la clasificación jurídica, no puede tenerse en cuenta más que los elementos constitutivos del contrato, y éstos son* idénticos *así en el que tiene por objeto la prestación de un trabajo* material *como en aquél cuyo objeto es la prestación* intelectual, *y aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su* esencia *los servicios de los letrados como de las* demás personas que ejerzan profesiones liberales, *no constituyen más que una* modalidad *del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando* contrato de arrendamiento *de servicios, pues, según dice la Sentencia de 18 de enero de 1941*: "*el molde* amplísimo *del contrato de prestación o arrendamiento de servicios* cobija *sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los* médicos, *ejercen las llamadas profesiones y artes liberales*".[66]

Frente a hipótesis donde la prestación contractual es una prestación técnica y profesional, resulta claro que el Tribunal Supremo español no dude en calificar este contrato de arrendamiento de servicios.

Sin embargo, critica Fernández[67] a dicha autoridad por incluir los contratos relativos al ejercicio de las profesiones liberales en el ámbito del contrato de arrendamiento de servicios, pues comete un desacierto, ya que no pueden disciplinarse bajo criterio único *todos* los contratos de los profesionales, pues su proceder brinda matices y posibilidades muy diversos para encerrar dicha actividad en un cartabón tan genérico.

Quienes rechazan que esta teoría sea aplicable a los profesionales liberales argumentan —además— que es facultad del cliente de un médico revocar en cualquier momento el contrato, lo cual, dicen, es inexistente en el arrendamiento de servicios.[68]

Otros arguyen que el contrato de arrendamiento de servicios significa una suerte de subordinación de quien debe prestar el servicio a quien lo encarga, lo que no se ajusta a la relación médico-paciente, ya que resultaría paradójico que el enfermo sometiese al profesional a su de-

66 Sentencia citada por Fernández Costales, *El contrato de..., cit.*, nota 2, p. 46. Las cursivas son mías.

67 *Idem.*

68 Ataz, citado por Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 68.

pendencia y le diese instrucciones. Así que —según estos autores— la figura en comento no se ajusta a la realidad que componen los elementos que juegan en la relación entre el médico y su cliente.[69]

VII. Hipótesis de la prestación de servicios profesionales

Como podemos apreciar, el Código Napoleónico y la mayoría de los códigos civiles occidentales, influidos por éste, siguieron el criterio del derecho romano al considerar la prestación de servicios profesionales como una especie del contrato de *arrendamiento de servicios*.[70]

Pero el régimen mexicano, a diferencia de aquéllos, se aparta de esa imperativa tendencia al calificar tales actividades como contrato de *prestación de servicios profesionales* (artículos 2606-2615).

Para la doctrina jurídica mexicana: "es un contrato por virtud del cual una de las partes, llamada profesionista, mediante una remuneración que toma el nombre de honorario, se obliga a desempeñar en beneficio de otra, a la que podríamos llamar cliente, ciertos trabajos que requieren una preparación técnica, y en ocasiones, un título profesional para su ejercicio".[71]

Ha sido, pues, un mérito del legislador mexicano haber cambiado la denominación de estos contratos nombrándolos de *prestación de servicios profesionales*.[72] De este modo, los separa de la generalidad para asignarles una regulación propia.

La fundamentación y motivación de este cambio está en la exposición de motivos del Código Civil de 1870 en donde la comisión redactora de tal ordenamiento explicaba que le parecía un atentado contra la dignidad humana llamar a estos contratos de *arrendamiento*, porque el arrendamiento, decía, se debe referir a cosas, y no podemos considerar sin degradar al hombre como una cosa al trabajo, el cual no es una mercancía que se alquile, que se dé en arrendamiento, sino que la dignidad humana exige una denominación diferente para estos contratos; y les llamó *prestación de servicios*; añadía dicha Comisión que este contrato tenía mayor

69 Yungano, *op. cit.*, nota 43, p. 91.

70 Sánchez Medal, R., *op. cit.*, nota 36, p. 282.

71 Lozano Noriega, F., *Contratos*, 2a. ed., México, Ed. Luz, 1970, p. 485. En el mismo sentido, Sánchez Medal, *op. cit.*, nota 36, p. 283.

72 *Idem*.

similitud con el de mandato que con el de arrendamiento. Expresaba: en los contratos de prestación de servicios, si se quiere el trabajo será más material; en cambio, en el contrato de mandato será más intelectual. De cualquier forma es una diferencia de grado.[73]

En efecto, el Código Civil mexicano de 1928, influido por las ideas de Planiol y Demogue, distinguió el contrato de prestación de servicios profesionales, como un contrato diferente al de mandato:

> Dotando a uno y otro de una especial reglamentación propia, dado que en el mandato el objeto son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante, en tanto que el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión, como ocurre con el médico que somete a un paciente a un tratamiento, con el notario que estudia los antecedentes de un contrato, aconseja a las partes y redacta una escritura, etcétera.[74]

Consideramos que esta opinión comparte las críticas dirigidas contra la teoría del arrendamiento de servicios; entre otras, la de la subordinación del profesor (médico, abogado...) al cliente (el que encomienda —artículo 2611 del CCF, *caput*—), por cuanto dicha dependencia —como ya se expresó— no se ajusta a la realidad que componen los elementos que juegan en la relación médico-paciente.

Otra es aquella relativa a la *onerosidad* que varios de los preceptos establecen como elemento fundamental de la prestación de servicios profesionales (artículos 2606, 2613 del CCF), el cual no siempre existe en las relaciones con los facultativos.[75]

Entonces, por un lado, si la prestación no implica onerosidad, no encaja en el concepto que proporciona la doctrina ni en la noción que se infiere de la actual regulación legal, puesto que no es diferente. Por otra parte, no tendría por qué aplicársele la misma regulación —ya que un supuesto

73 *Idem*.

74 Sánchez Medal, *op. cit.*, nota 36, p. 282. En el mismo sentido, criterio jurisprudencial 742 —no vigente— de la Suprema Corte de Justicia mexicana; *cfr*. Apéndice al *SJF*, 1917-2000, p. 542.

75 El pago de honorarios es la principal obligación del cliente, la cual prescribe dos años posteriores a la fecha en que dejaron de prestarse los servicios profesionales (artículo 1161-I del CCF).

es oneroso y otro no—, lo cual es incoherente, porque las obligaciones del profesor (profesional) son las mismas, tanto para una relación como para la otra.

Una más se refiere a que en la prestación de servicios profesionales, en ocasiones se confiere al profesor una *mandato* para que realice determinados actos jurídicos, como es el caso de un abogado a quien se constituye mandatario judicial (artículo 2614 *in fine* del CCF) —amén de que el mandato especial para juicios o asuntos contencioso-administrativos determinados sólo puede ser conferido a personas con título registrado (artículo 26 de la ley general de profesiones)— o a un ingeniero a quien se otorga poder para que realice ciertos actos jurídicos ante las autoridades o frente a terceros, lo cual es incongruente, particularmente con el médico, ya que éste —sin más— desempeña su profesión realizando cotidianamente actos materiales sin conducirse en nombre y por cuenta ajena.

Ya se asentó también que es un yerro disciplinar bajo un mismo criterio todos los contratos de los profesionales, pues en la práctica cada uno de ellos —particularmente el de servicios médicos— muestra tonalidades que escapan a un modelo omnicomprensivo.

VIII. Teoría del arrendamiento (locación) de obra[76]

En derecho romano —expresa D'Ors— la locación de cosas o servicios (cuya merced paga el *conductor*) es diferente a la locación de *obra (locatio conductio operis)* en la que el *locator* es quien paga la merced por la obra cuya ejecución *coloca*. No se trata de cantidades de trabajo, sino de una *obra* encargada, que el *conductor* debe entregar terminada, sobre una cosa que el *locator* ha colocado en sus manos con dicho fin. No obstante la *entrega* final prevista, la obligación del arrendatario es de hacer (*facere*), y por tanto, no fraccionable. La operación del *conductor* podía ser muy diversa: construir, fabricar, instruir, transportar, curar, etcétera. El contrato que se hacía con el médico parece ser preferentemente éste (D. 9, 2, 7, 8: *ex locato*), aunque, como ya indicamos antes, si el médico era un esclavo o liberto, podía configurarse como

76 El derecho extranjero es un mosaico de denominaciones. Arrendamiento de obra o industria para Francia y Bélgica; contrato de empresa, según Suiza; contrato de obra para Alemania. Impera, pues, diversidad en la denominación, mas no en la caracterización.

arrendamiento de *servicios*; si no se convenía una verdadera retribución, sino que intervenían unos honorarios, eran reclamables *extra ordinem* (D. 50, 13, 1, 1).[77]

Con este antecedente, hay autores que juzgan que la relación médico-paciente constituye un arrendamiento de obra (*werkvertrag*), lo cual implica pensar necesariamente en un resultado u *opus*. Quienes sostienen esta postura argumentan que si bien en muchos casos la obligación es de *medios*, ello no excluye el *resultado* en casos quirúrgicos, estéticos, o de laboratorio. Además, el *opus* tanto puede implicar el resultado favorable como no involucrarlo, lo que dependerá del contenido del contrato y de su interpretación.[78]

Un ejemplo claro de contrato de obra en el ejercicio de la medicina es cuando el profesional se responsabiliza a dictaminar y hacer constar en un documento cuál es el estado de salud de la persona. La colocación de prótesis dentales es un caso más.[79]

También el facultativo puede obligarse a emitir un dictamen sobre cualquier cuestión médica que se le requiera; la hipótesis es asimilable al del dictamen jurídico.

Por otra parte, podemos considerar que al realizarse una operación se promete un primer resultado que es una correcta ejecución. Si embargo, no hay que olvidar las limitaciones que la ley impone a la autonomía de la voluntad: si el profesional se compromete a lograr un resultado concreto, el contrato es *nulo* por ilicitud del objeto, cuando se pone en riesgo —para conseguir dicho resultado— la salud, integridad física o la vida del individuo, puesto que en ese caso se erige a la persona humana (res *extracommercium*) en elemento objetivo de la relación, lo cual es ilícito (artículo 1271 del CC español).[80]

A estas alturas, debemos precisar lo que entendemos por arrendamiento de obra. Se trata de un contrato mediante el cual una de las partes —el empresario— se obliga a producir un resultado de trabajo —obra— y la otra parte —el comitente— a pagar una remuneración (artículo 2626

77 D'Ors, A., *op. cit*., nota 23, parágrafo 509.

78 Yungano, *op. cit*., nota 43, p. 92.

79 Fernández Costales, *op. cit*., nota 2, pp. 93 y 94. Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 357; Durry, G., "La nature de l'obligation du dentiste qui realise une prothèse", *RTDC*, 1974, pp. 160 y 161. En el BGB aplican expresamente las garantías propias del contrato de obra, cuando se trata de la elaboración técnica de una prótesis dental.

80 Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5, p. 159.

del CCF), entendiendo por obra todo resultado a producir por la actividad o el trabajo, como por ejemplo, la producción o modificación de cosas, la creación de una obra artística o inmaterial. Resulta, pues, que el empresario se compromete a realizar una obra, esto es, una obligación de resultado: el *opus*.[81]

En el derecho italiano, al calificar la relación médico-cliente como contrato de obra, se hace de un modo peculiar, ya que el Código Civil italiano distingue, por un lado, la contratación de obras y servicios que designa como *appalto* (artículos 1655 y 1677), y por otro, el contrato de obra, especialmente el *contrato de obra intelectual* (artículos 2229-2238) que obviamente regula las profesiones intelectuales.[82]

Efectivamente, el artículo 2222 concibe el contrato de obra "como aquel por el que una persona se obliga a cumplir, a cambio de una retribución una obra o un servicio, con trabajo preferentemente propio, y sin vínculo de subordinación con el comitente, aplicándose las normas de este Capítulo, salvo que la relación tenga una disciplina particular en el Libro V".

Tres rasgos bastan a la doctrina italiana[83] para tipificar la obra intelectual:

1) *Carácter intelectual* de la prestación o que en ésta la inteligencia o la cultura predominen al circunstancial uso del trabajo manual. En tal virtud, son intelectuales las prestaciones desarrolladas por profesiones intelectuales, las cuales están determinadas por la ley con relación a los requisitos necesarios para su ejercicio. Concretamente, la labor de médicos y farmacéuticos se regulan por la ley de 16 de febrero de 1913;

2) *Discrecionalidad en el ejercicio de la prestación*; y

3) *Cumplimiento de una actividad* como objeto de la prestación con independencia del resultado.

Este es el supuesto normal; no se descarta que la casuística prevea un resultado, sobre todo cuando se pacta la entrega de una obra.

Con respecto al vocablo *resultado*, Messineo[84] indica que éste debe entenderse en el sentido de que el mismo consiste en el éxito final de

81 Yungano, *op. cit.*, nota 43, p. 93. Demogue, *op. cit.*, nota 16, t. V, núm. 1237.

82 Ibba, "Professioni intellettuali e impresa", *RDC*, núm. 4, Italia, 1982, pp. 353 y ss. En el Código Civil italiano, el acontrato de obra intelectual es una especie del género trabajo autónomo. Véase libro V, título III.

83 Citada por Fernández Costales, *El contrato de..., cit.*, nota 2, p. 48.

84 Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, EJEA, 1971, t. IV, p. 241.

la actividad profesional y no como que tal resultado ha de constituir una ventaja económica para el comitente. Tal es el sentido, por ejemplo, de los casos de asistencia legal y de *asistencia sanitaria,* en los que también hay consecuencia tanto si la controversia se resuelve con el alivio del comitente (enfermo) como el cuidado médico con la muerte (o con la no mejoría) del mismo.

En el derecho belga, los juristas enseñan que las relaciones entre el galeno y el cliente deben examinarse en el marco de un arrendamiento de industria o contrato de empresa, cuya regulación está en el artículo 1.779.3 del Código Civil como una variedad del arrendamiento de obra que no implica subordinación. Por ello, y después de acaloradas discusiones, este sistema de arrendamiento de industria se ha impuesto entre los doctrinarios, con base en aquel precepto que indica: "Existen tres clases de arrendamiento de obra o industria...3) El de los empresarios de obras a consecuencia de ajustes o presupuestos".[85]

La jurisprudencia y alguna destacada doctrina francesa ha calificado, desde el siglo XIX, este contrato como mandato. Sin embargo, el parecer cambia cuando algunos juristas franceses sostienen que las relaciones médico-cliente son contrato de arrendamiento de obra; opinión que se consolida al ser secundada por sentencia de la Corte de Casación de 13 de julio de 1959.[86]

Ahora bien, los Mazeaud[87] señalan que en Francia la esfera del arrendamiento de obras es muy amplia, ya que no está restringida a la fabricación y a la construcción ni siquiera en los casos en los que la tarea se ejecuta sobre una cosa corporal, sino que *se extiende al trabajo puramente intelectual, abarcando, pues, las relaciones de los médicos,* abogados, profesores particulares, etcétera, con sus clientes. Dicha opinión tiene como base los artículos 1710 y 1779 del CC francés. En este sentido, dueño o cliente es el que encarga la obra, contratista quien la ejecuta; éste (locador) en los *contratos especiales* se designa por su *profesión*: abogado, arquitecto, *médico,* hotelero, etcétera.

85 Fernández Costales, *El contrato de..., cit.*, nota 2, p. 48.

86 Entre otros: Planiol y Ripert, *op. cit.*, nota 16, t. XI, p. 21; Baudry Lacantinerie y Wahl, *Traité theorique et pratique de droit civil*, París, 1908, t. XXIV, núm. 379; Colin y Capitant, *op. cit.*, nota 58, t. II, núm. 1085; Laurent, *Los principios de derecho civil francés,* Puebla, 1914, núm. 333.

87 Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1962, t. IV, p. 322.

En el régimen jurídico español, tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que la relación médico-cliente como arrendamiento de obra es un caso de excepción, ya que la regla general —como ya sabemos— es considerarla como arrendamiento de servicios. Esta postura radica en la diferencia que subsiste entre tales contratos. Pues mientras en el arrendamiento de servicios se busca desarrollar una actividad, en el de arrendamiento de obra se pretende el *resultado* útil de dicha actividad. Los casos ambiguos deberán considerarse como arrendamiento de servicios cuando el resultado no dependa de quien efectúa el trabajo. Ahora bien, hay autores que sostienen que los servicios objeto del contrato de arrendamiento de obra no tienen que ser necesariamente materiales, pueden ser objeto de servicios profesionales.[88]

Por ello, con tino de experto, afirma Gitrama[89] que es evidente cómo la escisión entre ambos tipos encarna el paradigma de la moderna distinción entre obligaciones de *medios* o de diligencia y obligaciones de *resultado*. En éstas, el deudor se compromete a cumplir, a todo evento, una determinada prestación, con la subsecuente aceptación de todos los riesgos de la empresa y con el deber, si es el caso, de conservar primero para reintegrar después. Por el contrario, en las obligaciones de medios, toda la actividad del deudor está dirigida a conseguir una finalidad superior y exterior al contrato que lo vincula.[90] El deudor se halla compelido a un hacer o no hacer parcial con miras a ese fin más amplio, pero sin que la obtención de dicho fin o o el malogro intervengan definitivamente en la eficacia del contrato.

Precisamente, con base en lo expuesto, el propio Gitrama reconoce que si bien a ciertos profesionales se les puede encomendar y exigir el acabado riguroso de una tarea (al arquitecto y al constructor un edificio, al ingeniero y al constructor un puente, al pintor un retrato, al *farmacéutico* una fórmula), al médico no se le puede requerir seriamente el alivio de un enfermo. El médico jamás puede comprometerse con toda seguridad a sanar ni a lograr un resultado concreto y preciso sobre la salud del paciente, de manera que el no conseguirlo le provocase res-

88 Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil*, t. II, vol. III, p. 183; Ballesteros, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1983, vol. II, pp. 462 y 479; Albaladejo, *Derecho civil*, t. II, vol. II, p. 220.

89 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 353.

90 En este sentido, véase Marton, G., "Obligation de résultat et obligation de mohines", *RTDC*, 1954, p. 516. Mengoni, "Obligazione di risultatato e obligaciones di mezzi", *RDC*, 1954, pp. 188-190.

ponsabilidad. En ese orden de ideas, todo acto, todo tratamiento médico implica una cuestión azarosa.[91]

El médico —se insiste— no debe obligarse a lograr un resultado cierto como corolario del cumplimiento por el cliente del tratamiento que le prescriba y menos aún, si el paciente, más o menos veladamente, se rehúsa a obedecerlo. El facultativo sólo puede comprometerse y obligarse a brindar al cliente diligentes cuidados, conforme a sus principios deontológicos y a los datos que en el momento le proporciona la ciencia y quizá la tecnología,[92] como es el caso del litotriptor extracorporal piezoeléctrico, moderno artefacto que mediante ondas de choque desintegra los cálculos renales.

Así pues, el criterio de asimilación a la *locatio operis* no se adecua a la esencia de la relación, pues el médico, como ya dijimos antes, no se obliga a sanar sino a procurar los *medios* para que ello pueda suceder, lo que, por otra parte, no puede asegurarse ni siquiera prometerse. Ocasionalmente, por ejemplo en una *cirugía* reparadora o estética, el resultado deviene *protagonista* de la situación desencadenada; tampoco, en este caso, podría el médico asegurarlo completamente en el sentido de que satisfaga al interesado, pudiendo aceptar quizás una suerte de obligación *relativa* de resultado y no sin manejar siempre los principios referidos a los medios (mecanismos) para lograrlo.[93]

Además, los suscriptores de esta tesis confunden los resultados *esenciales* con los resultados *cronológicos*, particularmente en los casos que se citan en apoyo del criterio, como son las operaciones quirúrgicas: así, en una peritonitis de etiología apendicular, el resultado *cronológico* y *material* es la extirpación del apéndice, y el *esencial*, la cura del enfermo. Mas el resultado material circunscríbese dentro de los medios que el facultativo debe procurar para lograr la curación, razón por la cual aquella terminología resulta equívoca e inadecuada.[94]

91 Gitrama González, M., *op. cit.*, nota 15, p. 354.

92 *Ibidem*, p. 355. En este sentido, una parte de la doctrina argentina (Alsina Atienza, Bustamante Alsina, Bueres) piensa que la locación de obra no necesariamente implica la obtención de un resultado. Cuando el *opus* —dicen— no tiene un resultado cierto (tratamientos de pacientes con pronóstico reservado) lo que se promete es la diligente ejecución del trabajo, pero no el restablecimiento de la salud: Achaval, A., *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 220.

93 Yungano, *op. cit.*, nota 43, p. 93. Las cursivas son mías.

94 *Idem*.

IX. TESIS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Según esta tesis, las relaciones jurídicas por las que los profesionales de la medicina (abogacía, arquitectura, etcétera) prestan sus servicios deben regirse por el contrato de trabajo, es decir, como relación laboral.

Bayón Chacón y Pérez Botija[95] opinan que el trabajo en todos sus aspectos es una forma de vivir y todo acuerdo sobre el mismo puede encuadrarse en el derecho del trabajo. Argumentos como la socialización de muchas profesiones liberales, el constante traslado de los intelectuales a las nóminas de las empresas, permiten proyectar que en el futuro toda conexión que tenga por objeto las prestación de servicios profesionales podría considerarse como relación jurídico-laboral. Esta disciplina jurídica —añade el propio Bayón—[96] ha de girar en torno al concepto de *profesionalidad*.

Esta perspectiva de laboralización de las relaciones de trabajo considera que tanto el profesional liberal —empleado con carácter permanente al servicio de una empresa— como el que con oficina abierta al público no tiene dicha persistencia del nexo, por tratarse uno y otro caso de prestación de servicios por cuenta ajena, están sometidos a una relación laboral.[97]

Esta onda expansiva del derecho laboral parece haberse frenado, ya que en la actualidad presenciamos un retroceso en la laboralización, con un avance de la relaciones civiles de prestación de servicios, según registra Martín Valverde.[98]

En la legislación comparada, el derecho suizo, al regular el contrato de las profesiones liberales en el artículo 361 del Código Federal de las Obligaciones, lo considera como un contrato de trabajo al ordenar que a las prestaciones que suponen una especial cultura científica o artística, efectuada a cambio de unos honorarios, les serán aplicables las normas sobre el contrato de trabajo.

Por otra parte, la jurisprudencia española corrobora en varias sentencias que las profesiones liberales están incluidas en el contrato de trabajo

95 Bayón Chacón y Pérez Botija, *Manual de derecho al trabajo*, Madrid, 1970, vol. I, p. 29.

96 Bayón Chacón, "Del contrato de trabajo al contrato profesional de servicios", en varios autores, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Madrid, 1965, p. 371.

97 Alonso García, *Curso de derecho del trabajo*, Barcelona, 1985, p. 303.

98 Valverde, Martín, "El discreto retorno del arrendamiento de servicios", *Cuestiones actuales del derecho del trabajo*, Madrid, 1990, p. 214. García Oviedo (*Tratado elemental de derecho social*, Madrid, Espesa, 1948) expresaba que el "contrato de trabajo es el viejo contrato de arrendamiento de servicios socializado".

al señalar que la naturaleza de ambas no difiere sustancialmente. Ulteriores pronunciamientos conducen a delimitar dicho criterio para establecer que la relación de servicios de los médicos de la *seguridad social* es una relación jurídica especial dentro del contrato de trabajo.[99]

Por el contrario, la Suprema Corte de Justicia de México ha establecido en criterio aislado: que no todos los que prestan un servicio o lo reciben quedan sujetos a las leyes del trabajo, pues el legislador nunca pensó incluir la prestación de servicios profesionales en los contratos de trabajo a que se refiere el artículo 123 constitucional; que en los debates del Constituyente se declaró, de modo categórico, que en dicho artículo no quedó incluido ni el trabajo de los abogados, ni el de los *médicos*, ni en general el de *otros* profesionales; únicamente el profesional será asalariado cuando entre al servicio de una empresa o de un particular como empleado, pero no por el hecho de que al ejercer su profesión trabaje, sino porque su trabajo profesional lo desempeña como *empleado* por un *sueldo o un salario*.[100]

La postura civilista es muy clara al respecto, pues si se trata de una relación directa y privada entre el médico y el cliente, es indudable que debe regirse por el Código Civil. Mientras que si el facultativo se obliga a ejercer su profesión, su trabajo intelectual, total o parcialmente, exclusiva o relativamente vinculado a un organismo público o privado, es ampliamente aceptado por la doctrina que se trata de una relación laboral.[101]

Fernández Hierro tampoco está de acuerdo en que exista una ligazón laboral entre el facultativo y el cliente al esgrimir como razón cardinal que la relación profesional carece de dependencia y subordinación, características de aquélla. Además, advierte que es imposible pretender que un profesional se adapte a las instrucciones técnicas provenientes del cliente, pues desnaturalizaría completamente su actividad.[102]

99 Sentencia genérica es la de 3 de febrero de 1961; relativas las de 4 de diciembre de 1980 y 17 de septiembre de 1981, y muy particularmente la de 19 de noviembre de 1973. Esta última la califica de relación laboral atípica.

100 *SJF*, t. XXI, García J., Cristóbal, 3 de septiembre de 1927, pp. 671, 1223; en el mismo sentido: t. XXV, Moreno Sánchez, F., 26 de abril de 1929, p. 2257.

101 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 361. La Suprema Corte de Justicia mexicana ha considerado que un mismo individuo puede, por un lado, prestar servicios profesionales a una empresa y, por otro, tener con la misma empresa una relación laboral. Le llama *dualidad de la prestación de servicios*; *cfr*. t. CX I, Manuel Larrauri Ibarrola, 13 de febrero de 1952, p. 1099.

102 Fernández-Hierro, *op. cit*., nota 20, p. 31. La Suprema Corte de Justicia de México menciona *la dirección y la dependencia* del trabajador como características de la relaciones laborales; *cfr*. t. CX,

X. TESIS DEL CONTRATO INNOMINADO

Si la relación médico-paciente no encaja en el arrendamiento de obra ni en la prestación de servicios ni en otra figura, algunos autores la han catalogado como contrato *innominado*.[103] Así lo enseñan Pont, Garçonnet y César Bru, para quienes no es posible incluir el servicio médico dentro de un contrato específico.[104]

Puig Brutau[105] admite como muy razonable el apelativo de innominado y argumenta que una determinada relación jurídica no puede germinar única y exclusivamente de las reglas conjuntadas en torno a una sola figura típica; por lo demás, la intentona de equiparar a toda costa este contrato con alguna de las figuras jurídicas nominadas dejaría sin solución el problema. Para él, la calificación de contrato innominado indica que se trata de buscar la respuesta más adecuada a cada uno de los problemas planteados.

Podemos decir que contrato innominado es aquél que no tiene un *nomen iuris en el sistema de la ley*.[106]

Ahora bien, la terminología de contratos *típicos y atípicos* está reemplazando a aquélla, pues lo esencial no es carecer de un nombre en la ley sino de no tener una particular disciplina.[107]

Kornprobst[108] se refiere a lo complicado que resulta clasificar el contrato médico dentro de las categorías previstas por el Código Civil francés. Entonces, opina que dicho contrato pertenece a la amplia gama de los innominados, constituyendo una especie en su género, posición tal que es compartida por un vasto sector de la doctrina y jurisprudencia.

Gremio Unido de Trabajadores del Rastro, Empleados de Carnicerías y Similares de Tampico, 3 de octubre de 1951, p. 134.

103 El artículo 1143 del Código Civil argentino indica que "los contratos son nominados o *innominados*, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial".

104 Pont, *Des petits contrats*, t. I, núm. 825; Garçonnet y César-Bru, *Traité théorique et pratique de procedure*, t. I, p. 53, citado por Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2, p. 61.

105 Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1985, t. II, vol. II, pp. 433 y ss.

106 Jordano Barea, J. B., "Los contratos atípicos", *RGLJ*, 1953, p. 59.

107 Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español común y foral*, t. III: *Derecho de obligaciones*, 16a. ed., Madrid, Reus, 1992, p. 467.

108 *Idem*.

La calificación de la relación que ahora examinamos como innominada o nominada depende de la conclusión adoptada sobre su naturaleza jurídica. Si dicha relación no encaja en ninguno de los contratos regulados por la ley, estaremos frente a un contrato innominado.

Ahora bien, los contratos celebrados por profesionales sólo pueden ser considerados como *innominados* cuando no encajen en ningún tipo contractual como el mandato, la prestación de servicios, etcétera.[109] En ese orden de ideas —Garçonnet— indica que el contrato que el cliente celebra con su abogado o médico es un contrato innominado plenamente válido (en el derecho francés), el cual obliga a todo lo convenido expresa y tácitamente y a todas las consecuencias surgidas de la equidad, el uso o la ley, según su naturaleza, y a cuya ejecución no puede sustraerse una de las partes sin faltar a su palabra o enriquecerse a expensas de otra.[110]

Desde luego, la relación que en el desarrollo de la profesión, objeto de estudio, se concierta entre los que la ejercen y los particulares tiene un nombre específico en el ordenamiento jurídico mexicano: *atención médica* (artículo 32 de la Ley de Salud), al igual que ocurre con el Código Civil italiano de 1942 que habla expresamente de *prestazione d'opera intellettuale* en su artículo 2230.

Hay quien, para refutar dicha denominación, afirma que las relaciones contractuales de prestación de trabajo profesional no son innominadas. Más bien, pecan de un exceso de nombres, ya que se pueden calificar como mandatos o como arrendamientos, ya sean de servicios propiamente dichos o de obra.[111]

XI. HIPÓTESIS DEL CONTRATO *SUI GENERIS*

Precisamente el hecho de considerar este contrato como una especie en su género de contrato innominado, ha provocado que algunos autores lo ubiquen como un contrato *sui generis*, con ciertas peculiaridades, y aprecien que los actos relativos al ejercicio de la profesión médica no pueden incluirse en el parámetro de un contrato determinado, sino que constituyen una *nueva figura contractual* con sustantividad propia e in-

109 En este sentido, Savatier, J., *La profesion liberale. Etude juridique et pratique*, París, LGDJ, 1947, p. 215.

110 Garçonnet, *Traité théorique et pratique de procedure civil*, 1912, t. I, núm. 255, citado por Gitrama González, M., *op. cit.*, nota 15, p. 232.

111 Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 171.

dependiente de los moldes contractuales establecidos en la modernas legislaciones de impronta jusromanista y, por consecuencia, que deben regirse por las reglas del derecho común en materia de obligaciones.[112]

Importante doctrina francesa (Savatier, Malaurie, Aynès, Pont, Garçonnet) califica de contrato *sui generis* al contrato médico.[113] Uno de los primeros asuntos que esa doctrina se planteó fue determinar el alcance que se daría a la locución *sui generis.*[114] Desde el punto de vista científico, Jordano afirma que tal apelativo parece un término inexpresivo.[115] En este sentido, sin asignarle una connotación jurídica relevante, posiblemente la expresión *sui generis* se ha utilizado para referirse a las *extraordinarias peculiaridades* que se dan cita en el arrendamiento de servicios médicos, del que se afirma es un "contrato de un rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano".[116]

Sin embargo, hay doctrinarios que juzgan la expresión contrato *sui generis* como más o menos equivalente a la de contrato atípico, por ser éste un vocablo más preciso.[117] Otros, inquisidores, advierten ¿no será más bien que el uso de tal expresión implica el deseo de no confrontar la problemática que plantea?[118]

XII. Teoría del contrato atípico

Autores argentinos como Mosset Iturraspe y Trigo Represas,[119] o españoles como De Lorenzo sustentan este parecer. En efecto, en el derecho civil español el contrato médico o de asistencia médica tiene carácter

112 Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2, p. 63. En el mismo sentido, Lesage, P. *et al*., *Éléments de responsabilité civile médicale, le dorit quotidien de la medicine*, Quebec, Yvon Blais Eds., 1995. p. 14.

113 Savatier, "Responsabilité medicale", *Juris classeur de la responsabilité civile et des assurances*, t. IV, XXXA.

114 Malaurie, F., *Cours de droit civil. Les contrats speciaux*, París, editions Cujas, 1994-1995, p. 23.

115 Jordano Barea, J. B., *op. cit*., nota 106, pp. 59 y 60.

116 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15, p. 373.

117 Alonso Pérez, M. T., *op. cit*., nota 5, p. 72 (nota 47).

118 Gitrama González, M., *op. cit*., nota 15.

119 Mosset Iturraspe y Trigo Represas, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 104. Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 75.

privado, personal, consensual, bilateral o plurilateral, informal, normalmente oneroso y remunerativo, aunque puede ser gratuito, conmutativo, de medios y no de resultados, pudiendo revestir múltiples formas: escrito o verbal, tácito o expreso, directo o indirecto, individual o colectivo privado, público o semipúblico. Con base en tales caracteres, De Lorenzo[120] afirma tratarse de un contrato *innominado o atípico*, puesto que no aparece entre los definidos por el Código Civil, como sucede, por ejemplo, con el de compraventa, sociedad, etcétera. Dentro del arrendamiento de servicios, el de prestación médica puede catalogarse como una subespecie, aunque —a decir verdad— parece no tener un encasillamiento único, pues en ocasiones se presenta disfrazado como contrato de trabajo y otras como contrato de obra o empresa (por ejemplo, en la intervención quirúrgica); *por ello y por su naturaleza polifacética*, la innominación conduce a una atipicidad *sui generis*.

Ahora bien, las definiciones doctrinales del contrato atípico giran en torno a dos datos: por una parte, que el instrumento jurídico mencione el contrato, y por otro lado, que lo reglamente. Unos doctrinarios, al prescindir del primero, lo conceptúan como "aquel contrato para el cual la ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica[121] o como contratos que carecen de regulación específica".[122] También como "contrato que, aun teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que lo identifican en el tráfico —tanto para la doctrina y jurisprudencia, como a veces en ciertas leyes— carece, sin embargo, de una disciplina normativa propia, inexistente en los códigos y leyes especiales".[123] Otros conceptos consideran las dos notas al definirlos como contratos "que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa".[124]

En fin, a pesar de que el comportamiento del médico engloba múltiples posibilidades de prestación, es indudable que en cada caso concreto puede delimitarse su naturaleza jurídica, y si esto no fuera factible, entonces podríamos pensar que se trata de un contrato innominado o atípico.

120 De Lorenzo, citado por Fernández Costales, *op. cit.*, nota 2, p. 65.

121 Cicu y Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXI, t. I: Messineo, F., *Il contrato in genere*, 1a. reimpresión de 1973, Milán, pp. 683 y ss.

122 Castán Tobeñas, J., *Derecho civil..., cit.*, nota 107, 1993, t. IV, p. 15.

123 F. Rivero Hernández citado en Lacruz Berdejo, J. L. *et al.*, *Elementos...*, nota 88, 1994, t. II, vol. I, p. 514.

124 Diez-Picazo, L., *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, 1993, t. I, p. 360.

XIII. TESIS DEL CONTRATO MIXTO

Esta tesis sostiene que las relaciones celebradas entre los profesionales y sus clientes deben clasificarse como contratos mixtos.

La doctrina conceptúa dichos contratos como aquellos "en los cuales se mezclan prestaciones, estipulaciones o 'causas' de varios contratos atípicos".[125] O bien como aquellos en los que "dentro de un único contrato confluyen elementos que pertenecen a tipos de contratos diferentes".[126]

Dicha idea aplicada al contrato médico lo concibe como un "contrato de prestación de servicios en el que hay elementos de varios contratos, concretamente del arrendamiento de obra, del de servicios y del contrato de mandato". Según esta opinión, son varios los elementos que se combinan: del arrendamiento —sin diferencias entre el de obra y el de servicios—, las prestaciones materiales a que da lugar; del mandato, la facultad de revocación concedida en cualquier momento al mandante.[127]

La crítica a esta postura radica, en primer lugar, en que no distingue los elementos del contrato de obra y del de servicios que entiende convergentes en la relación médico-cliente que examina. Además, no está claro qué quiso expresar el autor con prestaciones materiales, ya que, si ello significa que tales contratos han de recaer sobre objetos con materialidad objetiva, es decir, con existencia física, ni el arrendamiento de servicios ni el de obra están vinculados necesariamente a *prestaciones materiales*. Y ello, no obstante que la regulación del contrato de obra se estructuró para la construcción de obras materiales, sin embargo, hoy día se acepta que puede abarcar también bienes inmateriales.[128]

Respecto al mandato, "la facultad de revocación concedida en cualquier momento al mandante", que Ataz López arguye ser la pieza distintiva que aparecería, no constituye elemento alguno del mandato, ya que forma parte de la regulación del mismo. Así que los elementos que dicho autor entiende amalgamados no pueden apreciarse como tales, para de ahí inferir ciertas relaciones como contratos mixtos. Aún más, la doctrina considera que son las *causas* de dos contratos las que han de fusionarse en una sola causa para que se pueda hablar de contrato mixto.[129]

125 Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 73.

126 Diez-Picazo, *op. cit.*, nota 124, p. 73.

127 Ataz López, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 146 y 147.

128 Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 171.

129 Messineo, *op. cit.*, nota 121, pp. 702 y 703; Jordano Barea, "Contratos mixtos y unión de

Cualquiera, pues que sea la noción que se tenga de causa, no es factible sustentar que concurran causas de dos contratos diversos en las relaciones habituales de profesionales como el médico, abogado, etcétera.[130]

XIV. Teoría del contrato multiforme o proteiforme

Este pensamiento surge en Argentina con Mosset Iturraspe y Deveali,[131] quienes estiman que el contrato de servicios médicos es polimorfo, ya que los servicios que se brindan pueden configurar más de un contrato: locación de servicios o de obra, mandato o gestiones de negocios ajenos. Esto es, que las relaciones con un profesional pueden revestir diferentes formas contractuales.

En España, el propio Gitrama y Santos Briz[132] hacen referencia a esta idea al señalar que la naturaleza del contrato médico es variable y proteiforme, por la multiplicidad de hipótesis en que puede tener su origen y sus efectos.

Al respecto, estamos de acuerdo con la doctrina cuando expresa que es posible afirmar que una cierta relación es híbrida, en el sentido de que puede admitir formas contractuales diversas, según las circunstancias del caso concreto. Pero no es factible aseverar que es un contrato con muchas formas; porque el contrato, una vez que surge, es tal o cual, uno u otro, pero no varios.[133]

XV. Corolario

Luego de examinar varios puntos de vista sobre la naturaleza jurídica del contrato de servicios médicos, advertimos que no existe una teoría que satisfaga suficientemente y se imponga como definitiva.

contratos", *ADC*, 1951, pp. 321 y ss.; Castro Lucini, F., "Los negocios jurídicos atípicos", *RDN*, julio-diciembre de 1974, p. 16. Particularmente sobre la causa, Castro y Bravo, F. de, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, pp. 257 y ss.

130 Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 172.

131 Mosset Iturraspe, *op. cit.*, nota 119, pp. 104 y ss.; Deveali, "Naturaleza de los profesionales y sus clientes", *La Ley*, Buenos Aires, núm. 35, pp. 713-719.

132 Gitrama, "Configuración...", *cit.*, nota 15, p. 37; Santos Briz, "La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español", *RDP*, 1984, p. 666.

133 En ese sentido, véase entre otros, Alonso Pérez, M. T., *op. cit.*, nota 5, p. 170.

Además, hemos comprobado que no se puede reducir a un solo tipo de contrato la actividad del médico, debido a la forma de ejercer la profesión y a la gran diversidad de especialidades médicas, pues no es fácil conjugar estos aspectos, configurar uno genérico y erigirlo con carácter único aplicable a todos los casos, a todas las variantes nacidas del ejercicio de la profesión liberal, pues partiría de una excesiva generalidad y, en consecuencia, carecería de fortaleza, diluyéndose su naturaleza jurídica al aplicarse a casos concretos.[134]

Frente a este panorama, la doctrina recomienda —para determinar la naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa— analizar detenidamente el contenido concreto de la relación jurídica con base en dos factores: la *forma* en que el médico ejerce la profesión (ejercicio médico individual e independiente; ejercicio médico colectivo e independiente; ejercicio médico privado y dependiente, y ejercicio médico público y dependiente) y la *actividad* que realice en cada caso concreto.[135]

Nuestra reflexión final —quizá temeraria y porfiada— inquiere si será posible reunir los elementos característicos que la doctrina nos ha proporcionado, y conformar el contrato de servicios médicos, o de atención médica o facultativa, cuya regulación propia se establezca en el Código Civil o en la Ley de Salud, donde se indiquen las directrices o pautas fundamentales que contemplen los variados matices que generan los servicios médicos. Propuesta, claro, de *lege ferenda* en *pro* de un contrato nominado, típico y autónomo. Creo que las circunstancias están dadas y los instrumentos existen, pues el objeto del contrato médico es único y está claramente determinado; el consentimiento es tan especial porque el objeto sobre el que recae es muy delicado, ya que cuenta con una regulación específica; los sujetos obviamente son los enfermos, aunque en ocasiones son individuos no enfermos que para satisfacer ciertos requisitos de carácter administrativo, deben realizarse necesariamente un examen o un diagnóstico, por lo cual tienen que consultar al profesional médico, o entrevistarse con él por pura prevención; y las obligaciones de las partes también están claramente determinadas, aunque la casuística tiene la capacidad de matizarlas.

134 Fernández, Costales, *op. cit*., nota 2, p. 68.

135 *Idem*.