

CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO MÉDICO

*Mario Castillo Freyre **
*Erika Céspedes Suzuki ***

INTRODUCCIÓN

Dentro de la teoría general de la responsabilidad, uno de los temas que más llama la atención de los juristas, es el de la responsabilidad civil de los profesionales liberales y, en especial, la de los médicos. Con respecto a este tema, mucho se ha discutido sobre la génesis contractual o aquiliana de la responsabilidad médica, y hasta el momento subsisten diferentes opiniones.

Esta distinción no es ociosa, pues reviste no sólo importancia doctrinaria sino también fáctica, ya que de acuerdo con la tesis que prevalezca serán muy distintas las consecuencias que se deriven, si se tiene en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil.

No obstante, puede afirmarse que, en la actualidad, la opinión jurisprudencial y doctrinaria dominante –a la cual nos adherimos- considera la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente como de naturaleza contractual, y sólo excepcionalmente extracontractual.

La responsabilidad contractual implica se reúnan una serie de condiciones necesarias para su nacimiento. Una de ellas es la configuración de un contrato médico válido. Por ello, en este trabajo intentamos un acercamiento a las características más significativas del contrato médico.

Antes de abordar el análisis de dichas características, debemos precisar que la metodología empleada se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, dictada en su Curso de Contratos, Parte General, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Además, de la contenida en su obra "El Contrato en General", Primera Parte, Tomo I, Páginas 209 a 248, por considerar que se trata de la clasificación más completa de la que tengamos conocimiento.

3.1. En cuanto al nombre¹.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

** Erika Céspedes Suzuki, Médico Cirujano por la Universidad San Martín de Porres y Conciliadora con mención en salud. Actualmente cursa el sexto ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las expresiones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Primera Parte, Tomo I, Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen XI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1991, Páginas 197 a 199.), cuando reflexiona acerca del tema. Recogemos sus palabras:

"Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato 'nominado', entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una **actio** homónima.

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código Civil italiano de 1865.

Es el Código civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden 'concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular...'. Se introduce así la denominación legislativa de contrato 'típico'.

Piensa COSTANZA que esta nueva fórmula en el lenguaje legislativo paga el precio de la originalidad al incurrir en una cierta oscuridad terminológica. La expresión 'contrato atípico', como opuesta a la de 'contrato típico', es muy comprometedora, pues depende, sobre todo, de la multiplicidad de significados que puede tener el término 'tipo'. Este es un vocablo prestado del lenguaje de la lógica y usado prevalentemente en las ciencias naturales y sociales. No se tiene en cuenta que, para hablar de tipos contractuales y de contratos típicos y atípicos, es necesario sobre todo una toma de posición, a fin de evitar equivocaciones y malentendidos en orden al significado del término en cuestión.

SACCO, por su parte, considera que el cambio de terminología es poco feliz, pues la doctrina ha acabado hace tiempo de referirse a la idea de la 'tipicidad' como característica de la función que se eleva a causa del negocio jurídico; hablar de 'tipicidad de los contratos' puede hacer creer que la asonancia de la palabra trae consigo un paralelismo de conceptos.

Otros aducen que el contrato que no tiene nombre depende a su vez del hecho de que el contrato no está sujeto a una disciplina propia. Esto ha llevado a MESSINEO a decir que tener un nombre en el sistema de la ley no basta, por sí solo, para hacer de determinado contrato un contrato nominado, ya que hay numerosos contratos que, previstos pero no disciplinados por la ley, son innominados, en sentido técnico, y no ya nominados, por más que tengan un nombre en la ley.

Frente a esta posición se yergue la que sostiene que la distinción entre contratos típicos y atípicos no corresponde a la distinción romana entre contratos nominados e innominados. En el Derecho romano, la categoría de contratos innominados era admitida en la fase de formación del contrato. En el Derecho moderno la formación de los contratos típicos se justifica como aplicación de los principios de libertad de obligarse y de consensualismo.

En la misma línea de pensamiento, OSSORIO opina que la utilización del término contratos 'innominados' para designar al gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, es imprecisa y puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante lo cual siguen careciendo de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos.

SPOTA, comentando el artículo 1143 del Código civil argentino, que dice que 'los contratos son nominados o innominados según la ley los designa o no bajo una denominación especial', afirma que la terminología empleada por el Código no es la que debemos usar, pues en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos típicos son aquellos que encajan dentro de un 'tipo legal', es decir, que ya tienen una regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas.

Sin dejar de reconocer el peso de las razones invocadas por los partidarios de la terminología de contratos nominados e innominados, creo que resulta más propio llamar 'contrato nominado' al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y 'contrato típico' a aquél que es regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los 'contratos típicos' como los 'contratos atípicos', entendidos éstos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también, por regla

Más allá de la discusión doctrinaria que ha suscitado la pertinencia o no de clasificar a los contratos en nominados e innominados², debemos expresar que un sector de la doctrina sostiene que el contrato médico es un contrato nominado, por asimilarlo a un contrato cuyo nombre es generalmente conocido para identificarlo como el contrato de mandato, de locación de servicios o de locación de obra. De tal modo que se aplicarían al contrato médico las normas que rigen para cada contrato señalado. Así, por ejemplo, Ilharreborde-Labarca³ sostiene: "...es nominado, ya que según se ha analizado en el capítulo acerca de la naturaleza jurídica de éste, se le aplican las normas señaladas para el contrato de mandato y para el arrendamiento de servicios".

Otro sector, minoritario, sostiene que se trata de un contrato innominado, por no haber sido objeto de una singular regulación y calificación por el legislador⁴. El contrato médico no ha sido tratado como una figura singular y, por tanto, no ha sido definido por el legislador ni se ha fijado con claridad y exactitud su naturaleza.

Al respecto, Acosta⁵ sostiene que el criterio de considerar al contrato médico como innominado coadyuva a concebir una responsabilidad contractual en todos los casos. Opina que, por ejemplo, en el supuesto en que el facultativo se haya obligado a prestar un servicio médico sin establecer un honorario, se pensaría que no existe contrato médico y que, por tanto, la responsabilidad es aquiliana. Acosta estima que de adoptarse las normas de la locación de servicios para el tratamiento del contrato médico, sin haberse pactado los honorarios, el contrato dejaría de existir o degeneraría en otro distinto y, por tal motivo, no existiría incumplimiento y, consiguientemente, la responsabilidad dejaría de ser contractual.

Con todo, consideramos que Acosta incurre en error al señalar que la responsabilidad contractual deja de existir, al degenerar el contrato médico (tratado como uno de locación de servicios), pues a pesar de que no se estipulen

general, contratos nominados. En el curso de este trabajo se va a emplear, pues, la denominación de 'contratos típicos' y 'contratos atípicos', cuando se usa el criterio de la regulación."

² Ibid., Primera parte, Tomo I, Página 200.

³ ILHARREBORDE-LABARCA citado por ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. De la Responsabilidad Civil Médica. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, Páginas 124 y 125.

⁴ En lo que se refiere al tema de los contratos innominados, la jurisprudencia chilena ha fallado: "No siendo el contrato ninguno de los definidos por el Código Civil, debe calificarse como innominado y regirse por la ley del propio contrato y por las disposiciones legales que, por analogía, puedan avenirse a sus peculiares modalidades, para los efectos de su cumplimiento". ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Op., cit., Página 125.

⁵ Ibid., Página 126.

los honorarios, las obligaciones del médico y del paciente tendrán siempre como fuente un acuerdo de voluntades –nominado o innominado- y, en consecuencia, el incumplimiento de alguna de las partes generará siempre responsabilidad contractual.

Por nuestra parte consideramos que el contrato médico es un contrato nominado, el cual encuentra perfecta cabida en el contrato de locación de servicios regulado por nuestro Código Civil.

3.2. En cuanto a su regulación⁶.

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, opinamos que por su regulación el contrato médico es un contrato típico.

3.3. En cuanto a su estructura⁷.

En lo que respecta a la estructura del contrato médico, se trata de un

⁶ De acuerdo a las doctrinas de Manuel de la Puente y Lavalle, el contrato típico puede ser definido "como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como dice GETE-ALONSO, 'la manera de ser' del contrato, en el sentido que 'la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria'".

Agrega De la Puente que "por contraposición, es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular. El contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede el artículo 1354 del Código Civil, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones".

⁷ Al referirse a este criterio clasificatorio, De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 223 y 224), precisa los siguientes términos:

"Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos.

Es contrato simple aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. Por ejemplo, la compraventa, que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero.

En cambio, el contrato es complejo cuando agrupa varios contratos distintos. Esta agrupación puede dar lugar, a su vez, a dos clases de contratos: los contextuales y los vinculados.

Son contratos contextuales los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Por ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de división y partición y uno de compraventa. Cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con entera independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros.

Los contratos son vinculados cuando, conservando también su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico, funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria). Por ejemplo, un contrato de fianza está vinculado necesariamente a un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien entregado al comodatario, desde que la ley le ha dado la calidad de accesorio, esto es que no puede existir si no existe el principal. En cambio, un contrato de constitución de sociedad anónima puede estar vinculado voluntariamente a un contrato de locación de servicios de gerencia, cuando las partes convienen en celebrar el segundo para la mejor ejecución del primero. En ambos casos, cada contrato materia de la vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia."

contrato simple, pues generalmente da lugar a una sola relación jurídica, la misma que consiste en la obligación del médico de atender al paciente, y la del paciente de pagar una suma de dinero por el servicio, comúnmente llamado honorario.

No obstante, también puede tratarse de un contrato complejo vinculado, al agrupar varios contratos distintos vinculados por la voluntad de las partes. Este sería el caso, por ejemplo, del contrato que celebra un paciente con un cirujano general con la finalidad de que se le realice una intervención quirúrgica por una apendicitis. El contrato entre éstos, un contrato de locación de servicios, estará necesariamente vinculado a: 1) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y un anesthesiólogo; 2) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y un asistente o instrumentista; 3) un contrato entre el cirujano y un sanatorio particular por el arrendamiento de una sala de operaciones, por un determinado número de horas; 4) un contrato de locación de servicios entre el cirujano y el sanatorio, por el cual este último se compromete a realizar el seguimiento del paciente a través de monitores, inmediatamente después de efectuada la operación.

3.4. En cuanto a su contenido o área⁸.

Por su contenido es un contrato civil, ya que al igual que toda profesión liberal es extraño al Derecho Mercantil. Cabe anotar que nos estamos refiriendo exclusivamente a la relación médico-paciente, la cual nada tiene que ver con el hecho de que los galenos puedan llegar a constituir sociedades o empresas destinadas a brindar servicios médicos, las cuales podrían encajar perfectamente dentro de las sociedades comerciales.

⁸ Sobre el particular, Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 224 y 225) esboza las siguientes consideraciones:

"Esta clasificación obedece a concepciones tradicionales que dividían el Derecho privado en tres grandes campos, que eran el civil, el comercial y el de los derechos especiales. De acuerdo con ella, los contratos se clasifican en civiles, comerciales y especiales.

Son contratos civiles los que están regidos por el Código Civil, tanto por estar disciplinados en él (contratos típicos civiles), como, no estándolo, por serles aplicables las disposiciones generales del contrato civil (contratos atípicos civiles).

Los contratos son comerciales cuando están regulados por el Código de comercio (contratos típicos comerciales). También lo son aquellos contratos atípicos que, por tener analogía o vinculación con los contratos típicos comerciales, quedan comprendidos en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (contratos atípicos comerciales).

Finalmente, son contratos especiales aquéllos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Estos contratos también pueden ser típicos (cuando están regulados legal o socialmente) o atípicos (cuando no lo están)."

3.5. En cuanto a su autonomía⁹.

Por su autonomía es un contrato principal, ya que no depende de ningún otro contrato.

No obstante, el contrato médico puede ir de la mano con la existencia de contratos accesorios, tales como los contratos de análisis de laboratorio clínico o de exámenes radiológicos, cuya función es la de ser un medio de ayuda de diagnóstico, sin perjuicio de la autonomía que éstos puedan asumir cuando el paciente contrata directamente con el laboratorio. La misma reflexión puede formularse con respecto a la relación del paciente con el centro hospitalario, en

⁹ En relación a este tema, Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 230 a 231), consigna las siguientes expresiones:

"De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados.

Son contratos principales aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta (tales son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, la prestación de servicios). Basta con celebrar un contrato principal para que pueda alcanzarse el efecto querido por los contratantes, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional.

En contraposición a los contratos principales se encuentran los accesorios, llamados también por la doctrina alemana contratos auxiliares, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice, por eso, que entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de la accesoriedad. Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).

Pienso, sin embargo, que se incurre en imprecisión al decir que el contrato accesorio, especialmente el de garantía, depende del contrato principal, pues no es materia de la garantía el contrato principal sino alguna o algunas de las obligaciones creadas por éste. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa puede garantizarse la obligación de pagar el precio, mas no la de transferir la propiedad del bien; en un contrato de mutuo, puede garantizarse la obligación de devolver un bien de la misma especie, pero no la de pagar los intereses; en un contrato de arrendamiento, puede garantizarse la obligación de pagar la renta, mas no la de devolver el bien.

Por otro lado, no es indispensable la existencia de un contrato principal para que pueda existir un contrato accesorio, ya que la obligación garantizada puede no provenir de un contrato sino de alguna otra fuente de las obligaciones.

Por ello, es quizá más propio decir que la obligación creada por un contrato accesorio es accesoria de la obligación principal creada por otro contrato, que se llama contrato principal, sin perjuicio de que también pueda ser obligación principal la creada por una fuente de las obligaciones distinta.

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por sus propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoria, aun cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación.

ARIAS-SCHREIBER ubica en esta clasificación a los contratos derivados, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.

A semejanza del contrato accesorio, el subcontrato requiere de la existencia de un contrato principal con la particularidad que el contrato principal imprime sus características propias al subcontrato, de manera tal que el subcontrato tiene siempre la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario. Así, un contrato derivado del arrendamiento será siempre un subarrendamiento, un contrato derivado del mandato será siempre un submandato."

cuanto a los servicios extramédicos o paramédicos (habitación, comidas, enfermería, etc.)¹⁰.

3.6. En cuanto a su formación

Conforme señala De la Puente¹¹, de acuerdo con este criterio los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se celebren por el mero consentimiento, se requiera de una formalidad especial, o se necesite la entrega de un bien.

Atendiendo a tales conceptos, el contrato médico es un contrato consensual, ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes – manifestado ya sea de forma expresa, verbal o excepcionalmente escrita, o tácita– y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

Podría pensarse que en algunos casos el contrato médico deja de ser consensual, por falta de consentimiento de una de las partes. Es el caso de los actos médicos de emergencia en los que el paciente llega inconsciente y, por tanto, es incapaz de manifestar su voluntad. Sin embargo, se entiende que todo paciente que llega a la emergencia de un hospital, desea ser atendido y, por ende, se presume que el consentimiento es tácito. Ello se puede desprender del artículo 4 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), que a la letra dice:

“Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia”.

En los supuestos, incluso, en que los pacientes lleguen a una emergencia en estado de inconciencia, pero acompañados por otra persona capaz, se entiende que es un tercero quien brinda el consentimiento para la atención del paciente, configurándose de esta forma la celebración de un contrato en favor de tercero.

En este punto debemos tener claras las diferencias existentes entre la celebración y el perfeccionamiento del contrato, situaciones que en algunos casos pueden darse en el mismo instante, pero que, sin embargo, no son lo mismo.

¹⁰ YUNGANO, Arturo, LÓPEZ BOLADO, Jorge, POGGI, Víctor y BRUNO, Antonio. Responsabilidad Profesional de los Médicos, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1986, Páginas 97 y 98.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 232.

Para el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la celebración o conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de voluntad común, o sea el consentimiento.

El perfeccionamiento, en cambio, según el mismo autor, es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica patrimonial.

Cabe señalar que la historia clínica no es una formalidad necesaria para la celebración del contrato médico. El contrato médico no es un contrato formal y la historia clínica no es un requisito para su celebración, sino que es parte de su perfeccionamiento, es una de las obligaciones del médico: es parte del acto médico. Así lo indica una interpretación sistemática de los artículos 15, 25 y 29 de la Ley General de Salud, que citamos seguidamente:

Artículo 15.- “Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

(...)

- a) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece;

(...)

- b) A que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y, si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica”.

Artículo 25.- “Toda información relativa al acto médico que se realiza, tiene carácter reservado.

El profesional de la salud, el técnico o el auxiliar que proporciona o divulga, por cualquier medio, información relacionada al acto médico en el que participa o del que tiene conocimiento, incurre en responsabilidad civil o penal, según el caso, sin perjuicio de las sanciones que correspondan en aplicación de los respectivos Códigos de Ética Profesional”.

Artículo 29.- “El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.

La información mínima que debe contener la historia clínica se rige por el reglamento de la presente ley.

El médico y el cirujano-dentista quedan obligados a proporcionar copia de la historia clínica al paciente en caso que éste o su representante lo solicite. El interesado asume el costo que supone el pedido”.

3.7. En cuanto al tiempo¹².

En principio, la ejecución del contrato médico es inmediata. En otras palabras, el médico está obligado a brindar la atención de salud inmediatamente después de celebrado el contrato y el paciente tiene la obligación de pagar los honorarios al contado al momento de la prestación del servicio. Pero, también puede tratarse de un contrato de ejecución diferida, si las partes así lo han pactado, según lo dispone el artículo 1759 del Código Civil:

Artículo 1759.- “Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente”.

Lo más común será que la obligación diferida sea la del paciente. Ello es muy frecuente en las emergencias hospitalarias, en donde el personal médico atiende al paciente inmediatamente después de su llegada, dejando para un momento posterior –la recuperación del paciente o la llegada de alguno de sus familiares o conocidos- el cobro de los honorarios.

En cuanto a su duración, este contrato es, con frecuencia, uno de ejecución sucesiva, ya que requerirá del transcurso necesario de un tiempo para su perfeccionamiento. Sus efectos no se agotarán en un solo acto, principiando las prestaciones con la consulta inicial. La prestación médica puede ser continua o periódica, según los intervalos señalados en el contrato o que nazcan de su naturaleza, durante un período determinado o, generalmente, indeterminado. Será sucesivo, por ejemplo, el contrato que tenga por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo¹³.

Sin embargo, esta característica no es absoluta, ya que en ocasiones la relación entre facultativo y paciente se consuma instantáneamente (ejecución

¹² Sobre este tema también nos apoyamos en las apreciaciones del Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 233 a 241).

¹³ En este sentido, podemos apreciar, entre otras, las opiniones de Vicente Acosta Ramírez (ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Op. cit., Página 127); de Rosana Pérez de Leal (PÉREZ DE LEAL, Rosana. Responsabilidad Civil del Médico, Editorial Universidad, Buenos Aires 1995, Página 56) y de Alberto Bueres (BUERES, Alberto. Responsabilidad Civil de los Médicos. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, Tomo I, Página 158).

instantánea), es decir, producirá sus efectos de una sola vez¹⁴; por ejemplo, cuando se contrata a un médico patólogo para que nos dé un diagnóstico a partir de una muestra obtenida en una biopsia.

3.8. En cuanto a su negociación.

Según De la Puente¹⁵, este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos por adhesión. Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

En contra de quienes sostienen que el contrato médico es paritario, nosotros afirmamos que generalmente se tratará de una forma de contrato por adhesión: un contrato *necesario* por adhesión¹⁶. Las razones que sustentan esta afirmación son las siguientes:

- a) El contrato médico está configurado exclusivamente por una de las partes. El médico (oferente) fija unilateralmente los términos del contrato (el tipo de tratamiento y los honorarios), de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde fundamentalmente a su voluntad.
- b) La oferta del médico (o, en su caso, la invitación a ofrecer) no puede ser discutida, lo que da lugar a que el paciente (destinatario de la oferta) se vea colocado, como dice el artículo 1390 del Código Civil, en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por el galeno.
- c) El médico se encuentra en una situación de poderío ya que dispone de una provisión de servicios de carácter necesario para cada paciente. Sólo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación.

El poder del médico proviene de encontrarse en una situación de monopolio de conocimientos técnico-científicos con respecto al paciente, lo cual le proporciona el control de la provisión del servicio de salud. No obstante, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los servicios que él ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al paciente a verse realmente compelido a aceptar.

¹⁴ BUERES, Alberto. Op. cit., Tomo I, Página 158.

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 245.

¹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo III, Páginas 30 y 53.

- d) Como correlato de la característica anterior, todo paciente se considera necesitado de un determinado servicio médico (a objeto de conseguir una pronta mejoría). Sin embargo, no basta que éste se encuentre en un estado de necesidad (real o psíquica), sino que sea consciente de ello, pues sólo así se verá compelido a aceptar.

Un ejemplo, citado por Acosta,¹⁷ servirá para ilustrar nuestra posición:

“Don Juan González tiene 70 años y está perdiendo paulatinamente la visión. Concorre en forma particular donde el médico oculista y él le explica que tiene cataratas, es decir, que tiene una afección del ojo que consiste en la opacidad del cristalino, el cual, al perder su transparencia compromete más o menos la importantísima función visual; agrega que el origen de su afección se encuentra en la diabetes, de la cual padece hace algunos años. Por último, le expresa que su tratamiento es exclusivamente quirúrgico, pero que no tiene mayor riesgo, pues se ha comprobado, de acuerdo a las estadísticas oftalmológicas, que la intervención tiene éxito en casi el 90% de los casos. Agrega que lo ideal es usar una técnica extracapsular que consiste en la extracción parcial del cristalino – muestra esquema- y su reemplazo por un lente, que vale unos 300 dólares; a esto deberán agregarse los costos del pabellón, personal auxiliar, anestesista y los honorarios, que tienen un valor de equis dólares.

Don Juan acepta las condiciones y se lleva a cabo lo estipulado. Don Juan podría también pedir una rebaja de honorarios; pero en ningún momento él podría pedir que el tratamiento durara más tiempo, o menos tiempo, o pedir que lo operara con otra técnica, o que usara determinado tipo de anestesia; en fin, lo único que podría llegar a solicitar sería una rebaja de honorarios y nada más. En Chile no hay demasiados oculistas y se encuentra en una ciudad en que ese profesional es único y la operación es necesaria, ya que de no efectuarse perderá completamente la visión en el ojo afectado. Su única alternativa es, por tanto, aceptar las condiciones del médico, so riesgo de que si no las acepta producirá un daño irreparable en su salud”.

Como se puede observar en el caso citado, la voluntad de una de las partes se encuentra totalmente constreñida, de tal forma que no es posible discutir sobre las condiciones del contrato médico.

Es muy infrecuente que entre médico y paciente nazca un contrato paritario, producto de la transacción de los intereses de las partes.

De otro lado, el contrato médico puede ser también uno celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación, como es el caso, por ejemplo, de

¹⁷ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Op. cit., Páginas 120 y 121.

los contratos que se celebran entre un paciente y un hospital o clínica.

3.9. En cuanto al rol económico¹⁸.

Por el rol económico, el contrato médico es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, es un contrato de disposición, ya que el médico tiene la obligación de satisfacer la prestación de salud, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación (retribución) por parte del paciente.

3.10. En cuanto a su función.

De acuerdo con De la Puente¹⁹, los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

El contrato médico es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio; pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de satisfacer una prestación de salud, por una parte, y la de pagar los honorarios, por otra.

3.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga²⁰.

Se trata de un contrato individual, ya que produce efectos y crea obligaciones y derechos, únicamente para las partes que lo celebran.

Sostiene Acosta²¹ que “se usa la expresión contrato individual en contraposición al contrato colectivo, el cual obliga, en cambio, ‘a personas que no han concurrido con su consentimiento al perfeccionamiento del convenio’. Esta

¹⁸ Al referirse a este criterio clasificatorio, el Doctor De la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 246 a 248) señala las siguientes consideraciones:
“(…)

Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, a la que puede agregarse la más moderna de doy y hago para que des y hagas, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales del tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También están comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad del intercambio, como ocurre en el caso de la donación.

Son contratos de disposición los que están destinados a justificar la disminución del capital del patrimonio de una persona. En contraposición, los contratos son de administración cuando tienen por objeto las rentas o frutos de los bienes, sin alterar su naturaleza ni su destino”.

¹⁹ Ibid., Tomo I, Página 233.

²⁰ Ibid., Tomo I, Páginas 241 a 245.

²¹ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Op. cit., Páginas 117 a 118.

calificación es sin perjuicio de la responsabilidad por el hecho de terceros y otras variantes jurídicas que pueden nacer a virtud de que paso a paso el acto médico tiende a trastocarse de individual en actividad conjunta, dado que el avance de la ciencia y de la técnica requiere un despliegue profesional que sólo puede concretarse por medio del equipo. Por otra parte, la yuxtaposición de los servicios hospitalarios con el acto médico de equipo da pie a constantes interferencias que son fuente de responsabilidad.

(...)Usualmente en la medicina de equipo el médico jefe de él orienta y coordina las actividades de quienes lo secundan. Existe una alta probabilidad de que el paciente sólo conozca a ese facultativo jefe con quien aparecerá jurídicamente vinculado. En estas condiciones, el médico principal, al margen de su propia actividad, responderá contractualmente por el hecho de los componentes de su equipo en tanto los mismos revistan la calidad de auxiliares y por ende de dependientes; un igual criterio podría seguirse si la relación entre profesional y paciente se encuentra en la esfera extracontractual. Ese deber de reparar, contractual o delictual, del médico jefe, será independiente de la responsabilidad que pesará sobre el agente directo del daño, contra quien el paciente tendrá acción.

Sin embargo, no queda agotada la delimitación de responsabilidades. Pues aun dentro del equipo podría existir responsabilidad directa del médico jefe si no puede individualizarse al causante del daño. Podría ser factible que determinado miembro del equipo que posea autonomía científica –un anestesista, por ejemplo-, incurra singularmente en responsabilidad directa, por supuesto, en la medida en que el perjuicio le sea imputable en forma exclusiva, o bien que comparta una responsabilidad directa con el médico jefe si la conducta de ambos concurrió a la producción del daño. Ahora bien, la intervención de médicos que no forman un equipo, pero que asisten en común a un mismo paciente, podrá dar lugar a la responsabilidad colectiva en la medida que no pueda individualizarse al causante del daño”.

Hasta aquí las expresiones de Acosta.

Coincidimos con este autor en lo referente a la responsabilidad individual del profesional médico; sin embargo, conviene dejar en claro lo que se refiere a la responsabilidad colectiva, que pareciera catalogarse como un efecto colectivo de un contrato.

Para entender nuestra posición es necesario distinguir entre responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en el actuar médico.

La responsabilidad contractual, de producirse, es un efecto del contrato y se genera por su incumplimiento. En consecuencia, ella sólo puede originarse entre aquellas personas que celebraron el contrato, atribuyéndose, en el caso del contrato médico, al médico o al centro de atención médica con el cual contrató el paciente. La responsabilidad contractual, por ello, siempre será de carácter individual (efectos únicamente sobre el sujeto que contrató) del médico o del centro por el incumplimiento.

En cambio, cuando hablamos de responsabilidad extracontractual, ocasionada por la producción de un daño –independientemente de con quien se haya celebrado el contrato-, podrán estar involucrados un solo sujeto, caso en el cual la responsabilidad será individual, de llegarse a identificar al causante del daño, o varios sujetos, caso en el cual la responsabilidad será colectiva, de no llegar a tal individualización; mas no serán responsables colectivamente varios sujetos por originarse el daño como consecuencia de la celebración de un contrato de efectos colectivos.

Si bien existe un solo contrato de atención médica celebrado ya sea con un profesional médico o con un centro asistencial, se trata de dos diferentes orígenes de la responsabilidad: de un lado el incumplimiento, por parte de quien celebró el contrato; y por otro, el daño, por parte de quien o quienes lo ocasionaron. Es así, que solamente en el primer caso podemos estar hablando de efectos del contrato médico; en el segundo caso no se trata de que exista un efecto colectivo del contrato médico al declarar la responsabilidad colectiva de varios prestadores de salud, pues su origen no es el incumplimiento del contrato sino la producción de un daño.

3.12. En cuanto a la prestación.

Según recuerda Manuel de la Puente²², tradicionalmente este criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales; siendo unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas. Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral.

Dentro de tal orden de ideas, el contrato médico es generalmente un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas y excepcionalmente unilateral²³. Por regla general, ambas partes quedan recíprocamente obligadas. El

²² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Página 211.

²³ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Op. cit., Páginas 127 a 128.

paciente, por una parte, se obliga a cumplir con el pago de los honorarios que la atención médica devengue; mientras que el profesional médico, por la otra, se obliga a asistir y tratar al paciente con la prudencia, diligencia y pericia que las reglas de la ciencia indiquen.

Empero, es posible que el contrato sea unilateral, esto es, que solamente el médico asuma la obligación de prestar servicios a un paciente. En efecto, puede ocurrir que en virtud de un acuerdo expreso –pues la gratuidad no se presume– entre las partes, el médico no exija pago alguno de honorarios, motivado por razones de índole familiar, amical o caritativa. De hecho, el artículo 67 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú²⁴ señala el deber de los médicos de prestar atención gratuita a sus colegas, así como al cónyuge, hijos y padres que dependan económicamente de ellos.

Cabe señalar que la mayor parte de la doctrina considera como la única obligación jurídica del paciente el pago de los honorarios, haciendo posible que el contrato devenga en unilateral. En cambio, si además de los honorarios, como afirma Pérez de Leal²⁵, incluimos dentro de las obligaciones jurídicas del paciente el cumplir con las indicaciones terapéuticas, en todos los casos se tratará de un contrato bilateral, independientemente de que se pacte o no el pago de honorarios.

Resulta interesante mencionar en este acápite la admisión del *desistimiento unilateral*²⁶, a instancia de cualquiera de las partes. Existe el derecho de poner término al contrato unilateralmente, con la sola manifestación de voluntad. Sin embargo, el apartamiento de las obligaciones convencionales no podrá concretarse por el médico cuando suponga un abandono que ponga en peligro la salud del paciente. De tal manera que la facultad del médico de desistirse libremente del contrato, en tanto no dañe al paciente con su actitud y asegure la continuidad de los cuidados, existirá siempre que el acto se encuentre en curso de ejecución y no se haya prefijado un resultado completo y temporalmente cierto. Por el contrario, si el profesional se obligó a realizar un hecho específico o un tratamiento concreto, la ruptura unilateral e injustificada originará su responsabilidad civil.

A este respecto, Santos Cifuentes²⁷ señala que el consentimiento prestado

²⁴ Artículo 67.- “El médico tiene el deber de prestar atención gratuita a los colegas que la requieran así como al cónyuge, hijos y padres que dependan económicamente de ellos. En dicho caso, el costo del material que emplee para atenderlos deberá ser reembolsado por éstos”.

²⁵ PÉREZ DE LEAL, Rosana. Op. cit., Página 55.

²⁶ BUERES, Alberto. Op. cit., Tomo I, Páginas 155 y 158.

²⁷ Citado por Alberto Bueres (BUERES, Alberto. Op. cit., Tomo I, Página 156).

por el paciente no lo obliga a someterse al acto quirúrgico. La coacción, física o moral, que se le impusiera en esa dirección sería inadmisibles, pues “resulta absurdo pensar en un compromiso de disposición del cuerpo con tal proyección”, aun cuando el acto mutilante o lesionante se efectuase para el mejoramiento de su salud. Ello quiere decir que el paciente puede retractar su voluntad hasta el mismo instante anterior a la operación, dado que una cláusula contractual en contrario sería inválida, al generar un acto de disposición sin amparo del Derecho.

Y aún más, el Derecho protege expresamente la libertad de elección y de disposición sobre el cuerpo y la salud al señalar en la Ley General de Salud lo siguiente:

Artículo 15.- “Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

(...)

- h) A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste”.

Artículo 4.- “(...)

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso”.

3.13. En cuanto a la valoración.

El contrato médico puede ser tanto un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar prestaciones, como uno a título gratuito, en el cual solamente una de ellas, el médico, asume este deber.

3.14. En cuanto al riesgo²⁸.

²⁸ Sobre este tema, el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., Primera Parte, Tomo I, Páginas 218 a 223), sostiene lo siguiente:

“De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios.

Tradicionalmente se consideraba que el contrato conmutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLEON, según el cual es conmutativo el contrato cuando cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.

Con el transcurso del tiempo se fue precisando la noción del contrato conmutativo, llegándose a la posición moderna de acuerdo con la cual ‘el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al

momento en que se celebra, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puede correlativamente lograr.

Ya he expresado mis reservas a la utilización de los conceptos de 'ventaja' y 'sacrificio' para la clasificación de los contratos, por ser conceptos vinculados más bien a los efectos que pueden tener las obligaciones creadas por el contrato que a las características estructurales del mismo, que están organizadas alrededor de la obligación y de la prestación.

Por ello, me permito sugerir que se defina el contrato conmutativo como aquél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y el de la de la otra parte, si la hubiere.

Al lado opuesto del contrato conmutativo se encuentra el contrato aleatorio. Antes de intentar una definición del mismo, conviene estudiar los diversos alcances que la doctrina le ha dado.

Partiendo del concepto de que el contrato aleatorio es aquél en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del mismo, porque ello depende de un acontecimiento incierto, la primera posición, sostenida, entre otros, por los MAZEAUD, entiende que la nota característica de los contratos aleatorios está dada por la existencia de un azar (**chance**).

Al lado de esta posición puede constatarse una nueva tendencia que identifica la nota característica y diferenciadora del contrato aleatorio en la incidencia que el evento incierto tenga sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación.

ALBALADEJO, por su parte, se coloca en una tercera posición, de acuerdo con la cual el contrato es aleatorio cuando las partes, al celebrarlo, asumen el riesgo de pérdida o de ganancia, bien sea mediante el establecimiento de una prestación que se realizará o no eventualmente, según decida el azar (la suerte).

Agrega ALBALADEJO que la indeterminación, o realización eventual, no tiene que alcanzar a ambas prestaciones, pudiendo afectar sólo a una, comprendiéndose que, aun en este caso, lo que es ganancia para una parte es pérdida para la otra.

Conjugando estos conceptos, el contrato aleatorio puede ser definido (siguiendo siempre el criterio de la prestación) como aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un favor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo o 'alea' que ROGEL, citando a BENAVENT, dice que equivale a buena o mala suerte, equivale a azar.

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

En consecuencia, tal como dicen los MAZEAUD, 'sólo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder, que hayan celebrado el contrato para correr ese albur'.

Esto nos lleva a considerar que en todo contrato, sea conmutativo o aleatorio, puede existir un azar, pero hay que distinguir entre el azar en sentido técnico -que incide sobre la existencia y el contenido de la prestación- que es específico al contrato aleatorio, de la genérica 'alea' económica -que radica en la variación de costo y valor de la prestación- que es propia de todo contrato de ejecución no inmediata.

Cuando se trata de una aleatoriedad meramente económica, que deriva sea de la valuación de las partes, sea de las oscilaciones del mercado, y no de la estructura jurídica del contrato, nos encontramos frente a la llamada 'alea normal' del contrato, que es de cargo de cada uno de los contratantes cuando no supera los límites de la normalidad, la cual está sustraída a la disciplina propia de los contratos aleatorios.

En cambio, cuando se trata de un azar que es inherente a la estructura jurídica del contrato, en el sentido que éste se celebra tomándolo especialmente en consideración, aun cuando la ocurrencia del azar sea necesariamente extraña a la voluntad de las partes, entonces nos encontramos frente al azar específico de los contratos aleatorios. En otras palabras, se hace depender del azar, cualquiera que fuere la naturaleza de éste (física, jurídica), la existencia y cuantía de las prestaciones que constituyen el contenido de las obligaciones creadas por el contrato. De este azar específico tratan los artículos 1441 y 1447 del Código civil, bajo el nombre de 'riesgo propio' del contrato aleatorio.

Resulta así que en un contrato aleatorio de duración, como por ejemplo el de renta vitalicia onerosa, puede existir el riesgo propio de este contrato, que es la duración de la vida del rentista, y a la vez el azar normal de los contratos onerosos, que está constituido por el equilibrio entre la prestación a cargo del

Por el riesgo, el contrato médico es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

Sin embargo, podría decirse que reviste carácter aleatorio debido al riesgo que puede existir en todo tratamiento o en la posibilidad de curación, propio de

rentista y el monto del capital que sirve de base para el cálculo de la renta.

Un tema que ha dado lugar a disparidad de criterios es el relacionado con la posición que ocupa la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios.

Gran parte de la doctrina (PLANIOL, MAZEAUD, PUIG BRUTAU, GOMES) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (ALBALADEJO) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente, ciertos juristas italianos (TORRENTE-SCHLESINGER, MESSINEO, BIANCA) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

Es cierto que MESSINEO admite que el hecho de que el artículo 1872 del Código civil italiano prevea la posibilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito parece desmentir la tesis del contrato oneroso y también la del contrato de prestaciones recíprocas en cuanto la renta vitalicia gratuita es un contrato de una sola parte, pero agrega que la verdad es que estando regulada la renta vitalicia gratuita por las normas establecidas para la donación (el artículo 1872 del Código civil italiano dice que la renta vitalicia puede ser constituida también por donación), el carácter de aleatoriedad queda, cuando menos atenuado, si no francamente suprimido.

Este razonamiento de MESSINEO no puede aplicarse a nuestra realidad jurídica, pues el artículo 1924 del Código civil establece que la renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito, por lo cual no es necesario recurrir al contrato de donación para constituir la renta vitalicia gratuita, sino que puede hacerse directamente mediante el contrato de renta vitalicia.

Dado que este contrato es esencialmente aleatorio, no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una sub-división del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo aleatoria, puede ser gratuita y, por ello, de prestación de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una sub-clasificación.

Se ha afirmado repetidamente que en el contrato aleatorio el azar debe ser para ambos contratantes. Esta afirmación es correcta por cuanto, aun en los contratos aleatorios con prestación de una sola parte, como es el caso de la renta vitalicia gratuita o del sorteo gratuito, 'el acontecimiento que aprovecha a uno de los contratantes, implica una pérdida para el otro; no se concibe que el azar sea unilateral'.

Para terminar con el tema del contrato aleatorio, conviene diferenciarlo del contrato condicional, con el cual tiene cierta similitud por intervenir en ambos un azar.

A fin de percibir mejor la distinción debe tenerse presente que en el régimen civil peruano la condición no afecta la existencia del acto jurídico sino únicamente su eficacia, en el sentido que el acto jurídico, existiendo, no produce efectos hasta que se cumple la condición suspensiva o deja de producirlos cuando se cumple la condición resolutoria.

En el tema que examinamos, el contrato aleatorio es un contrato puro que es siempre eficaz, o sea produce sus efectos, con la única peculiaridad que la magnitud de estos efectos puede verse afectada por el azar específico del contrato, produciéndose un desequilibrio entre prestación y contraprestación. En el caso del contrato condicional, en cambio, la eficacia del contrato depende de la condición, pero el equilibrio contractual se mantiene, cúmplase o no la condición (por ejemplo, tratándose de una condición suspensiva, hasta que ésta no se cumpla no se ejecuta la prestación ni la contraprestación, pero si se cumple se ejecutan ambas, sin que, en una u otra hipótesis, se vea afectado el equilibrio del contrato).

Sin embargo, hay que reconocer, como dice MESSINEO, una analogía entre el contrato aleatorio y el condicional, cuando el azar no consiste en deber más o menos, sino en deber o no deber."

cada paciente en particular.

3.15. En cuanto a sus efectos.

Si bien De la Puente no incluye explícitamente este rubro dentro de los criterios clasificatorios de los contratos, creemos que sí lo hace de manera implícita, al analizar el concepto de contrato.

Manuel de la Puente²⁹ señala que el contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Así, una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Refiere el citado profesor que lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida; citando como ejemplo al contrato de compraventa, en el cual lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es éste sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él.

En este sentido -agrega-, lo que obliga, lo que se cumple, lo que se resuelve, es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo, que deja de existir en el momento en que se perfecciona.

Luego de anotar lo frecuente que es incurrir en confusiones al respecto, De la Puente y Lavalle estima preciso hacer la aclaración de que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta por obligaciones a cargo de las partes, pues el contrato es una fuente de obligaciones; precisando que no debe darse al contrato mayores alcances, haciéndolo creador de relaciones jurídicas distintas de las obligacionales.

Por nuestra parte, pensamos que más allá del contenido de dichas obligaciones, que en el caso del contrato médico consistirán en brindar la atención y tratamiento médicos adecuados y en el pago de los honorarios, nunca podríamos asignar al contrato (al menos dentro de nuestro ordenamiento jurídico) un objeto distinto que el obligacional, cuya ejecución consistirá en la actividad humana de dar, hacer o no hacer (la prestación propiamente dicha).

En tal sentido, estimamos impropio asignar al contrato efectos reales y no meramente obligacionales.

²⁹ Ibid., Tomo I, Páginas 49 y 50.

En el Derecho Peruano los contratos -por sí mismos- no transfieren ningún derecho real, ya que su objeto es la creación, modificación, regulación o extinción de obligaciones; y si algún derecho real constituye objeto de las mismas, su transferencia tendrá que ser apreciada en el nivel de ejecución de las obligaciones, pero de ninguna manera entender que es el propio contrato el que constituye o crea dicho derecho real.

Dentro de tal orden de ideas, es que distinguimos a los contratos creadores de obligaciones de aquéllos que crean algún vínculo o derecho distinto a los meramente obligatorios u obligacionales. En el Derecho Peruano todos los contratos son meramente obligatorios u obligacionales. Ningún contrato -por sí mismo- transfiere derecho real alguno.

Lima, mayo del 2003.